LIBRERIA
DE ESCRIBANOS,

É INSTRUCCION JURIDICA THEORICO práctica de Principiantes.

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS de inventario, y particion de bienes de difunto, ordinario, executivo, y de concurso, y prelacion de acreedores.

OBRA UTILISIMA PARA TODA CLASE DE PERSONAS.

SU AUTOR

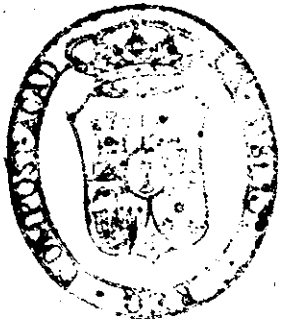
DON JOSEF FEBRERO, NATURAL de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y Agente de negocios de los Reales Consejos.

TOMO PRIMERO.

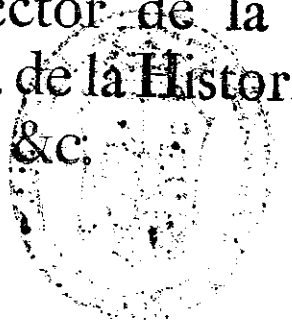
COMPREHENSIVO DEL JUICIO DE INVENTARIO, y de el de particion entre la viuda, y herederos de su marido hasta reintegrarla de todos sus derechos.

Con las licencias necesarias.

MADRID: En la Imprenta de Don PEDRO MARIN, año de 1781.



AL ILUSTRISIMO SEÑOR Don Pedro Rodriguez Campomanes, Conde de Campomanes, Cavallero pensionado de la Real, y distinguida Orden Española de Carlos Tercero, primer Fiscal del Consejo, y Cámara de Castilla, y Director de la Real Academia de la Historia, &c.



SEÑOR:

S: por natural propension dediqué à V. S. I. la primera parte de mi Librería de Escribanos, *com-*

pre-

prehensiva de las materias de testamentos, y contratos: y por un efecto de su innata bondad la adoptó, sin que interviniese el mas leve merito mio: no será estraño que ponga tambien aora baxo su proteccion el tratado de Inventarios, y particiones de bienes de difunto, *que he trabajado, obedeciendo los preceptos de V. S. I. y el de los Juicios* Ordinario, Executivo, y de Concurso, y prelacion de acreedores, *que ofrecí en la expresada primera parte: completan la segunda de la propia Librería: y voy à dar à la luz pública; por lo que agradecido à la memoria de V. S. I. y persuadido enteramente à que me dispensó un singular favor en ha-*

ber

ber fiado à mis cortas luces un asunto de tal naturaleza, se los ofrezco igualmente con ánimo sincéro. Es à la verdad Señor Il.mo la materia de Particiones una de las mas intrincadas, y bastas de la Jurisprudencia, por los diversos enlaces que tiene con muchas, y por tanta variedad de pareceres sobre la verdadera inteligencia de las leyes acerca de infinitos puntos que comprende: y es asimismo indubitable que nuestros Autores particionistas nos han escaseado muchisimas especies utiles, y aun necesarias para dirimir tantas dificultades, y evitar tantos pleitos como por este defecto se originan en el Reyno; y atendida su gravedad, y la suma desconfian-

za que tengo de haber evaquado á satisfaccion de V. S. I. el encargo que se ha dignado hacerme: no puedo menos de valerme de la misma expresion de Marco Tulio *para con su amigo* Bruto, *pues temiendo la censura de los criticos en la obra que compuso del* Orador perfecto, *quiere satisfacerles de algun modo, diciendo: que aunque no desempeñe el asunto con la profundidad que se merece, dará muestras à lo menos de su fina voluntad, y afectuosa correspondencia con un amigo, à cuyas repetidas instancias tomó la pluma. Es decir Señor Il.mo que por complacer à V. S. I. he empleado toda mi aplicacion, y cuidado para desempeño tan arduo,*

sin

sin perdonar fatiga alguna hasta defraudarme de las horas de mi indispensable reposo. En cuya atencion para ponerme à salvo de la ignorancia, ò de la embidia, no hallo otro medio que el de recurrir à V. S. I. à fin de que proteja mi trabajo con su poder, y profunda literatura, y como verdadero Mecenas que en él tiene parte de interés, se esfuerce en su defensa, y en mi disculpa. Asi lo espero de la notoria benevolencia, y justificacion de V. S. I. que sabe premiar à los buenos patricios, y hacer frente à los que con su mordacidad intentan retardar, y deslucir sus esfuerzos, y aplicacion constante.

Nuestro Señor guarde muchos

años la importante vida de V. S. I. Madrid, y Enero 31. de 1781.

ILMO. SEÑOR:

B. L. M. de V. S. I. su mas rendido, afecto, y obligado servidor,

Josef Febrero.

PRO-

PROLOGO,

INTRODUCCION, Y NOTICIA de esta segunda Parte.

EL reiterado precepto de un Magistrado, cuyo nombre bien conocido es en la Europa: del primer Fiscal del Consejo de nuestro Catholico Monarca: y por decirlo de una vez, del Ilustrisimo Señor Don Pedro Rodriguez Campomanes, Conde de Campomanes: y una promesa que te hice (Lector amigo) en el Prologo de la primera parte de mi *Librería de Escribanos*, son la causa de que me buelva à presentar en el Theatro de tu critica, y te moleste con la segunda de la misma Librería comprehensiva de cinco juicios. Por el precepto compuse los de *inventario, y particion de bienes de difunto* con arreglo à nuestra Legislacion Castellana: y por la promesa el *Ordinario*, el *Executivo*, y el de *Concurso*, y *prelacion de acreedores* en primera instancia.

Dí à la luz pública mi primera parte relativa à testamentos, y contratos: la dediqué à su Ilustrisima, y le debí su proteccion sin mas merito que su innata bondad, è inclinacion à los verdaderos Patriotas, y aplicados; y à pesar de los vigorosos esfuerzos con que se encararon contra ella la pérfida, inexorable, y refinada emulacion, y la barbara, insolente, y atrevida ignorancia, fue bien recibida no solo de los doctos Legistas, que son los que en el asunto tienen voto, sino de otros.

Me encargó por tres veces con este motivo dicho Señor Ilustrisimo que compusiese un tratado de Particiones, de que habia escaséz, por haberse dedicado pocos à escribir de ellas, y procedido en su explicacion con bastante limitacion, y ningun método. Penetré lo arduo de esta empresa, y conocí mi ineptitud, è insuficiencia para llenar los espacios del concepto, y confianza que sin saber por qué, debí

à su Ilustrisima, y dexarle ayroso: y para dirigir, y perfeccionar obra digna à la verdad de ser escrita por Letrado consumado en la Theorica, y Práctica del derecho civil, y real; por lo que me escusé las dos veces primeras à darle gusto. Consulté à mis débiles fuerzas, y se me puso presente à mas de lo expuesto, que el trabajo por lo improbo, dilatado, y superior à ellas, y la falta de tiempo para hacerla, y para ganar el preciso diario alimento (pues no heredé otros mayorazgos de mis abuelos) rayaban con los límites de la moral imposibilidad; y advertí que me exponia à ser el objeto, y víctima del oprobio, y sindicado de temerario, por haber tenido el arrojo de emprender materia tan intrincada, y en algun modo agena, y estraña de mi profesion, si no conseguia feliz éxito. Y sin embargo de verme circundado, y combatido de tan poderosos obstaculos, capaces de servir de remora, sorprender, y consternar al corazon mas agigantado, y aun de obligarle à desistir de su conato; sintiendo por una parte no condescender à las insinuaciones de un Procere de tanto merito, y caracter tan eminente, que para los que somos inferiores son leyes inviolables, y preceptos rigorosos: viendome obligado por otra del no merecido favor que me dispensó en haber acogido bajo las alas de su poderoso auspicio mis primeras toscas producciones; pues las obligaciones son voces mudas que despiertan al corazon hidalgo, para que vele en su gratitud, y unos nobles impulsos, que gobiernan la mano del que escribe, à fin de que con la pluma (ya que no pueda de otra suerte) pague reconocido los beneficios que ha recibido; y compadeciendome por otra los gravisimos daños que experimentan los partícipes en las herencias, especialmente en los Pueblos que carecen de Letrados bien ilustrados en nuestro derecho para dar dictamen seguro, y justificado à los legos; y los pleitos que se originan, y arruinan los caudales mas floridos: deseoso de extirparlos, ò à lo menos de contribuir en lo posible à su remedio: animado, y robustecido del espiritu que me inspira el zelo patriotico: cifrando la esperan-

ranza de conseguirlo en la Causa de las causas: y teniendo presente lo que dicen San Gregorio Magno, (1) Daniél, (2) y San Matheo, (3) sacrifiqué con la constancia que me es natural, mi obediencia, mi salud, mi indispensable reposo, mis intereses, y mi honor, por complacer à su Ilustrisima, y beneficiar al Público; y compuse esta segunda parte de la *Librería de Escribanos*, que como irrefragable testimonio, y prueba nada equívoca del amor que profeso à la Patria, y como unica diversion, y recreo que he tenido, te ofrezco.

A dos clases reduxe las materias de esta Obra: la una es relativa à los juicios de inventario, y particiones, ya se hagan judicial, ò extrajudicialmente, ò contenciosa, ò amigablemente: y la otra à los tres restantes puramente contenciosos. La de particiones por los enlaces que tiene con otras muchas: por la infinidad de puntos, y casos que ocurren en ellas, y dudas que se suscitan à cerca de su resolucion con motivo de las ultimas voluntades de los hombres, que son tantas quantos sus semblantes, y algunas bien raras, irregulares, y estrañas: y por la variedad de interpretaciones, à que para dirimirlas, y disolverlas da lugar la falta de claridad, y extension de algunas legales disposiciones, es tan basta, ardua, y dificil, como frequente en los Tribunales. De ella escribieron de intento algunos Autores; pero los que mas se explayaron, fueron tan estériles en su explicacion, que nos dexaron con suma impaciencia, y vivas ansias de mayor instruccion; ò porque no la contemplaron necesaria; ò porque sus destinos, y el poco tiempo no se lo permitieron; ò porque quisieron que otros impelidos de la necesidad se negasen al ocio, y adicionasen lo que omitieron; ò por otras causas, cuya indagacion no es de mi instituto, y sí de mi obligacion, y gratitud venerarlos por mis Maestros; dar-

(1) In 1. Reg. cap. 4. *Nescit judicare quisquis perfectè didiscerit obedire, quia hoc tantum bonum putat: si præceptis obediat.*
(2) Cap. 12.
(3) Cap. 5.

darles las muchas gracias que por su zelo, y aplicacion se merecen; y graduarlos de buenos Patricios.

Para clara inteligencia de materia tan profunda me propuse con vista de sus obras la idea de dividirla en dos libros, ò tomos: y dando por supuesto que la muger tiene regularmente mas derechos que su marido, y por consiguiente el previo fallecimiento de éste, traté en el primero del inventario, y tasacion de sus bienes, y modo de formalizarlo legalmente, pues sin que preceda, es quasi imposible evaquar sin agravios la particion. Despues de los Contadores, ò partidores, su potestad, y reglas que han de observar para proceder en ella con justificacion: de las baxas que se deben hacer del cumulo del caudal inventariado, y del particular de cada conyuge: de la division de los gananciales, y frutos de los bienes libres, y vinculados de ambos: de la deduccion de las arras, joyas, ò preséas, y vestidos que el novio da, ù ofrece à la novia: y de los alimentos, luto, y vestido ordinario de la viuda, y lecho quotidiano que toca al superstite. Y como à veces suelen instituirse mutuamente por usufructuarios, ò à otros, à causa de carecer de herederos legitimos, ò forzosos, expliqué en el capitulo ultimo del mismo libro el modo de partir los frutos que dexa cogidos, ò pendientes el usufructuario. Con cuyas especies, y otras muchas dignas de saberse, terminé el tomo primero, tocandolas con la debida extension, y separacion, y dividiendolas en siete capitulos, de los quales el tercero, quarto, quinto, y sexto demuestran, y enseñan el orden que se debe observar en la particion, hasta reintegrar à la viuda de todos sus derechos.

Separado el haber de la viuda, procedí en el libro segundo à expresar cómo se ha de dividir la parte correspondiente à su marido entre sus legitimos descendientes, asi quando los instituye herederos con igualdad, como quando mejora à uno, ò à mas: hay, ò no frutos de los bienes de las legitimas, ò de la mejora, producidos durante la proindivision del caudal: y tienen, ò no que co-

la-

lacionar en quenta de ésta, ò de aquellas, que es à lo que se dirigen los tres capitulos primeros. En el quarto, y quinto traté de la succesion de los ascendientes à sus hijos, y demás descendientes legitimos, y de los casos en que aquellos están, ò no obligados à reservar à estos lo que por contrato lucrativo, ò testamento hubieron de sus causantes, ò abintestato de alguno, ò algunos de sus hijos, ò descendientes premuertos. En el sexto de la materia de legados, y modo de deducirlos, ya dexe herederos legitimos, ò estraños el testador; y de la division de sus frutos mientras la herencia existe proindiviso. En el septimo de el de heredar abintestato al difunto sus ascendientes, descendientes, y parientes transversales: Y en el octavo los estraños instituídos, ya lo sean absolutamente, ò en el legal concepto se estimen por tales, aunque tengan parentesco con él. Concluído lo referido, expuse en el capitulo nono las causas por qué se puede impugnar, y rescindir, ò no la particion: y quándo habrá, ò no lugar à la eviccion de la parte de herencia quitada en juicio à alguno de los partícipes. Y por estár evaquada enteramente la explicacion de la materia entre la viuda, y herederos legitimos, y estraños de su marido ex testamento, y abintestato, tube por util estender en el capitulo decimo, y ultimo un inventario, y quatro exemplares de particiones: los dos por Contadores, segun el método de esta Corte, y los otros dos por Escritura, à fin de que sirvan de pauta, y modélo al Contador lego principiante, y à los Escribanos de los Pueblos para las que les ocurran; pues en esta Corte las hacen los Letrados, en virtud de lo preceptuado por el Consejo.

De los tres juicios restantes puramente contenciosos (que es la otra materia de esta segúnda parte) traté en los tres capitulos del libro, ò tomo tercero, observando en sus respectivos parrafos el orden legal de seguirlos en primera instancia: tocando muchisimas especies que no se hallan en los que diariamente traemos entre manos, ni aun en otros: estendiendo en el final de cada capitulo las prin-

principales diligencias con varias notas para su mejor percepcion: arreglandome igualmente en su extension à la práctica de esta Corte, que adopté, y seguí como la mas clara, concisa, y sencilla que he visto: y formando un indice alphabetico de las cosas mas notables comprehendidas en todos tres tomos, que coloqué al fin del primero, para que en sus tamaños no hubiese deformidad, y desigualdad muy considerable; y no expliqué lo que se executa en segunda, y tercera instancia, porque escribo para los Escribanos de Pueblos en donde no se ventilan éstas, y porque en los en que residen los Tribunales superiores, hay Abogados doctos que no necesitan mis legas, y rusticas producciones.

No compuse para Letrados esta segunda parte, porque de ellos debo aprender, y aprendo cada dia; y el pretender ni aun imaginariamente darles leccion, siendo mis Maestros, sería acto de vanidad, y osadía reprehensible, è injuriarlos indirectamente; lo qual no cabe en mí. Ni para los que crió, y destinó la Providencia para el arado, azadon, ò exercicio semejante, cuyo numero en todas profesiones es casi infinito; porque éstos como en emprender carrera incompatible, yerran la vocacion, y violentan la naturaleza, jamás pueden instruirse, ni aun medianamente en ella, y por eso vemos tantos absurdos cometidos por los que viven de oficio que no saben, ni debian exercer; pues la ignorancia como nunca duda, ni halla inconvenientes, à todo se arroja, y por todo atropella creyendolo permitido. Ni para los que tienen su entendimiento tan virgen como lo sacaron del vientre de sus madres, no porque no deban à la infinita misericordia del Altisimo el imponderable, y no merecido beneficio de que los haya dotado de claras luces, sino porque es tal su inaplicacion, y punible desidia, que olvidados de lo que dixo Dios en el Paraiso à nuestros primeros padres, y resistiendose à su Divino Precepto, no solo declaran la guerra à los libros, sino que se familiarizan, y hacen pas irrevocable, y alianza estrecha, y perpetua con la ma-

madre de los vicios; por lo que se despeñan en los escollos à que ésta los conduce; pues por su voluntaria inutilidad, è indolencia, por el mal exemplo que dán à otros, y por la ruina que causan en el Estado, deben ser separados del cuerpo de la sociedad civil como miembros infectos, contagiosos, y muy nocivos, porque todos sin excepcion hemos salido al mundo sujetos à vivir de nuestro sudor: no nacimos para nosotros solos, sino para Dios, para la Patria, y para los amigos: y debemos emplear nuestros talentos conforme nos enseña la Parábola del Evangelio; y si se executára en los ociosos la pena capital de la ley que estableció Dracon en Athenas, se extirparia, ò à lo menos no haría progresos tan rápidos, y lastimosos la ociosidad, que es el unico oficio intrinsecamente vil, è infame que hay, y la raíz de muchos males. Ni para aquellos engreídos llenos de inchazon, y tan nimiamente adictos à su dictamen, que revestidos de padres maestros porque tal vez la proteccion, y el amaño los condecoró, y no su merito, están neciamente persuadidos que todo lo saben: nada les gusta, ni aprueban, sino es parto, ò produccion suya: quieren ser tenidos, y venerados como oraculos: y como si en ellos estubieran vinculados la ciencia, el discurso, y el acierto con clausula prohibitiva de enagenacion, y los inferiores en edad, grado, ò dignidad tubieran privacion absoluta de adquirirlos, y tenerlos, se desdeñan, y tienen à menos el leer las obras de éstos, y por eso las desprecian, y miran con tédio: pues esta execrable preocupacion, y frenesí que los caracteriza de necios, insensatos, vanos, y sobervios, es la mas relevante, clara, y concluyente prueba de su ignorancia, orgullo, y altanería; y mas quando todos los doctos juiciosos confiesan con Plinio que no hay libro por inutil que sea, que no contenga, y de él no se puedan sacar cosas buenas, y las Sagradas Letras nos enseñan que Dios revela à los párvulos lo que oculta à los sabios, y prudentes; y asi no es estraño, antes sí muy natural, regular, y propio que se alucinen, y cometan tantos, y tan

clá-

clásicos desatinos, porque al que huye de la luz, deslumbran, y ofenden sus rayos, y su Divina Magestad, ciega, abate, y confunde à los vanos, y sobervios, y alumora exalta, y dá gracia à los humildes. Ni tampoco para los que sin ser profesores, ni entender las obras, y lo que es mas, sin examinarlas, ni aun verlas, las alaban por mera adulacion, ò las vituperan, è intentan desacreditar por pura emulacion. No para los primeros, porque estos son unos cocineros que guisan los encarecimientos por complacer con ellos, y unos disfrazados asesinos que alagando quitan la vida: no hay mordedura de animal entre los mansos que tenga ponzoña tan activa como ellos, respondió Diogenes: y mas se debe temer la lengua del que adúla, que la mano del que mata, dixo San Agustin; y asi conviene huir de ellos, pues por ser symbolo de la adulacion la miel, no permitió Dios en el Levitico que se le ofreciese. Ni para los segundos, porque estos díscolos antipatriotas siguiendo furiosos, y llenos de rabia las huellas, y vestigios de Lucifer, sacrifican à su perfidia à los que à esmeros de sus fatigas, y desvelos procuran quanto está de su parte ser utiles à sus proximos, y agotan todos los ardides que abriga su doloso pecho para retraerlos, y deslucirlos, en vez de alentarlos, y aplaudirlos; sin reflexionar, ni hacerse cargo de que proceden contra sí mismos, pues patentizan la debilidad, y flaqueza de su embidia (fiebre ardiente, pútrida, y maligna que los extenúa, y aniquíla,) y regularmente queda victorioso el embidiado; y por obstar à unos, y otros la tacha legal de enemigos capitales, deben ser repelidos sus dichos, y personas, y como protervos idiotas, y abominables charlatanes negarseles la Audiencia, è imponerles perpetuo silencio. La compuse solamente para los Escribanos de mediano, ò superior talento, que deseosos de saber, que es propio, y natural en el verdadero racional, y de cumplir con su obligacion, se esfuerzan en desempeñarla, y emplean en aplicarse el tiempo que otros mal gastan en diversiones nada honestas, y sí muy perjudiciales: y celo-

sos

sos de su honor, y del de su oficio, (que es nada menos que de *depositario de la verdad, y fé pública*, y por consiguiente de la mayor confianza, de la qual como dice Bobadilla (1) dependen vidas, honras, y haciendas) procuran conservarlo ileso, y para conseguirlo discurren, y proporcionan medios eficaces; segun lo practicó el Cabildo de Escribanos numerarios de la Ciudad de Cadiz con las nuevas ordenanzas, y concordia que para su gobierno estableció: ví casualmente con indecible complacencia: y en obsequio de la verdad no puedo menos de elogiar, aunque à ninguno conozco, haciendoles la justicia que se concilian; pues parece que à dictar todos, y cada uno de los setenta y seis capitulos, y quince prevenciones que comprenden, concurrieron la honradéz, el desinterés, la tranquilidad del mismo cuerpo, y el beneficio del comun de aquella Republica, porque no rebosan otra cosa; por lo que con audiencia, y annuencia Fiscal, y precedido informe de la Ciudad, que es un panegirico de ellas, y de su Prefecto Don Blas Fernandez Pintado que las formó, fueron aprobadas, y mandadas observar por Real Provision del Consejo, su fecha 17. de Febrero de este año de 1781; y asi pueden servir de claro espejo, vivo estimulo, y perfecto dechado, y modélo à otros; y el pensar de diverso modo, es propio de ánimos serviles, y de sugetos indignos, à los que no se debe admitir al exercicio de este empleo, sino à los nobles, y mas principales de los Pueblos, segun se hacia antiguamente, como en el lugar citado afirma el mismo Bobadilla, y aun se hace hoy con justa razon en algunas partes; y de estos (como que interesa tanto al Estado en comun, y à sus individuos en particular el que sean de honor, probidad, habilidad, y bondad conocidas, y mucho mas que ningun otro de los que obtienen los restantes empleos de la Republica, porque en ellos no se depositan las tres joyas mas preciosas, y de inestimable valor, vida, honra, y hacienda, como en

(1) Lib. 3. cap. 14. num. 40.

en los Escribanos) se debian escoger, y entresacar aquellos en quienes concurriesen precisa, y copulativamente, segun apunté en el Prologo de mi primera parte, quatro circunstancias: la primera, que tubiesen una crianza verdaderamente christiana, (que es el taller, y oficina en que se delinean, y cimientan rectamente la humana felicidad, y los buenos Ciudadanos) y unas loables costumbres, y conducta muy arreglada; porque la nobleza, ò esencion civil como es qualidad puramente externa, è imaginaria, y no imprime caracter, ni saca al hombre de su mísera esfera, y condicion, ni le constituye de masa mas fina, ni de diversa naturaleza de la de los innobles, ò plebeyos, no influye, ni tiene virtud, ni eficacia para persuadir, è inclinar por sí al de mala índole, y crianza à que en su proceder sea noble, ò bueno; antes por el contrario el acordarse éste de que la goza, suele servirle de pábulo, y fomento para que degenére de su nacimiento, y sea peor, segun lo experimentamos, al modo que al de buena de estimulo para ser mejor, como debe: por cuya razon si à imitacion de Dios que premia à cada uno por sus privativos meritos, y no por los agenos, se concediese al bueno, y no se permitiese al malo succeder, ni continuar en la concedida à aquellos Heroes sus progenitores dignos de eterna memoria, y alabanza, que tantos trabajos padecieron, y tantos servicios hicieron para obtenerla: todos se esforzarian en ser buenos, unos para conseguirla, y distinguirse, y otros para no dexar de disfrutar la adquirida por sus predecesores, ni ser despreciados; y sería felíz la Republica, como compuesta de individuos llenos de bondad, que es la Nobleza Real, y verdadera. La segunda que hubiesen estudiado latinidad, y las leyes del Reyno, y sus Expositores, y tubiesen bastantes años de práctica, porque los libros latinos son los que instruyen en la facultad: si yo no los entendiera, me hubiera sido imposible por la práctica sola hacer mis obras: y el meró romancista à mas de no entenderlos, le es sumamente duro el sujetarse à la lectura de algunos que están en idioma

vul-

vulgar, y tratan algo, por no estár habituado desde niño à la penosa taréa de estudiar, ni cultivada su memoria. ¿Y si el Escribano no está bien instruído en las leyes, en las dudas, y disputas que sobre su inteligencia se suscitan, y en todo lo concerniente à su ministerio, cómo ha de prevenir à los testadores, y contrayentes lo que pueden hacer, ò les está prohibido, especialmente en un lance repentino, en que tal vez no tiene à la mano los libros para mirarlos, ò aunque los tenga, no sabe si traen, ò no le dá tiempo para buscar la especie, como el Abogado se lo toma para exponer el parecer que se le pide, despachar un negocio, ò hacer un papel en derecho, y el Juez para sentenciar un pleito? ¿Y cómo ha de estender los instrumentos, y diligencias de suerte que no haya litigios, nulidades, ni discordias por ellos? Lo creo tan imposible, como regular el que suceda lo que al ciego si otro le guia: y tengo quasi à maravilla el que no salga lo mas como hecho à ciegas, y por ciegos. La tercera, que tubiesen patrimonio competente para mantenerse sin los emolumentos del oficio; pues de esta forma como cesaba el motivo de estár indigentes, porque con lo que ganasen podrian portarse con mas esplendor, no se harían venales, ni cometerian los absurdos à que impelen la necesidad, y ambición. Y la quarta, que acreditasen su idoneidad, y suficiencia por un rigoroso examen de Theorica, y Práctica, y por oposicion en Academias, ò conferencias públicas que se estableciesen; y que al mas benemerito se expidiese el titulo por via de honor, y premio de su virtud, habilidad, y aplicacion; pues el hombre de bien al modo que quanto mas honrado, y premiado se vé, tanto mas se esmera grato, y reconocido en proceder con honor; hacer progresos en su arte, ò facultad: y en ilustrar, y enriquecer à su Patria; del mismo modo si advierte que de su profesion, y habilidad no se hace aprecio, no solo se enfria, y decae de ánimo, sino que exasperado suele abandonarse muchas veces como el republicano mas soéz à excesos indecorosos segun la experiencia nos lo enseña; y à la ver-

dad

dad no alcanzo los fundamentos en que se afianzan los que opinan no ser preciso concurran en los Escribanos estos requisitos; pues, ò no penetran los motivos de la creacion de este oficio, su necesidad, y utilidad en la Republica, atenta la falacia, y beleidad humana: ò contra el sano espiritu de las leyes, y del bien público adoptan y siguen el reprobado sistéma de que prevalezcan, y predominen la ignorancia, el enredo, la intriga, el soborno, la confusion, y el desorden; en cuyo caso no hay duda es conveniente que los Escribanos no solo sean ignorantes, ruines, y díscolos, sino mendígos, venales, y flexibles, para que de esta suerte se les maneje como se quiera, en nada se detengan, porque nada tienen que perder, y tome incremento la maldad. Con todo lo qual, y reduciendo al numero indispensable el crecidisimo que hay, y suele ser una de las causas de muchos daños; se vería libre el vagél de la Republica de tantas tormentas, y averías como padece por no practicarse lo expuesto, y por mirarse indistintamente à este oficio, y à los que lo exercen con tanta ojeriza, horror, y vilipendio; y no fluctuaria entre las procelosas olas del occéano de iniquidades de los que están destituídos de las referidas circunstancias, ò de su mayor parte.

Por evitarte (Lector benévolo) el insoportable dispendio de comprar multitud de libros; la gravosa molestia, y desvanecimiento de registrarlos: el rubor de preguntar: y la nota de ignorante, lunar tan feo, que sin distincion de personas las concilia justamente el universal desprecio: y por aliviarte en todo lò posible, epilogué en esta obra quanto hallé, me ocurrió, y pareció util no solo para las materias propuestas, sino para tu mayor instruccion, colocandolo oportunamente en su respectivo lugar, à fin de que la interpolacion, y conglutinacion de especies inconnexas no te cause confusion, y fastidio. Su estilo es llano, y no sublíme, asi porque carezco de energía, y eloquencia para darme à entender con elegancia, como porque el escribir materia facultativa, y para principiantes

no

no exíge otro. Y aunque intenté imitar à Tito Livio, Ciceron, Solís, y otros inimitables, para que lo améno de la oratoria, y narracion te dulcificase lo amargo, y suavizase lo escabroso, y espinoso del estudio: me ví precisado, y me fue indispensable ligarme, y circunscribirme al natural desaliño de mi basta locucion en la eleccion, y colocacion de palabras, y formacion de periodos, porque para confusion mia me dió en rostro inmediatamente la inmensa distancia, y desproporcion que media entre su talento agigantado, y el mio pigméo, y por consiguiente la phisica imposibilidad de conseguirlo: conociendo al mismo tiempo que en el estilo de los hombres no puede haber imitacion perfecta, porque cada uno habla, y escribe con alguna diferencia de los demás, y tiene su propio dialecto para darse à entender: providencia admirable de la naturaleza que hasta en el modo de explicarse los sugetos puso como en sus aspectos (ostentando la magnificencia, è infinito poder de su Autor) ciertas señales que los distingan; con cuya desemejanza, y otras inumerables hizo una armonía muy arreglada, y sumamente importante al universo; y asi en el que me enseñó esta tan grande, y consumada maestra, y pude adquirir con mi contínuo estudio, y cortas luces, te presento esta segunda parte. Su método es theorico práctico, y doctrinal, y no dialogico, dialectico, ni perhifraseado por las razones que expuse en el Prologo de la primera; y las especies que incluye, son de numeracion muy dificil, de las quales hallarás muchas en todos los Autores materistas: otras dispersas en varios: y otras en ninguno. Repetí algunas que ya toqué en mi primera parte: unas, porque no me detube alli à explicarlas lata, y fundamentalmente, por no ser su propio lugar: otras, para no privar de su ciencia à los que no la tengan, por lo que, y por su coherencia, y connexion con ésta, me pareció oportuno tratarlas en ella: y à cerca de otras te remito à aquella, por evitar duplicacion. En los puntos de ley terminante la seguí, como debí: y en los problemáticos, ambiguos, y opinables, me adherí no precisa, y cie-

ciegamente como algunos lo hacen, al dictamen de los Autores del mayor séquito, y concepto mas recomendable, (bien que no dexé de exponerlo) ni al de los de numero mas copioso, sino al que me pareció mas sólido, y me convenció el entendimiento, como que busco la luz clara, y la verdad desnuda: soy absolutamente imparcial por naturaleza: y en lo que discierno, à nadie conozco mas que al merito, à la justicia, y à la razon; pues los dictamenes, ò votos se deben pesar, y no numerar, y no se ha de atender à su pluralidad, ni tampoco à la dignidad del Autor, que es autoridad puramente aërea, extrinseca, y accidental, incapaz de infundir ciencia, sino à la razon de su doctrina, que es intrinseca, real, y verdadera; porque todos somos hombres sujetos à errar, y no Angeles, y à veces el de uno solo sin embargo de su inferioridad en grado, ò dignidad, suele ser mas fundado, y por la solidéz, y nervio de sus fundamentos, debe prevalecer, y adoptarse, aunque parezca paradoxa.

Que por ser mia contendrá muchos yerros, y defectos, se da por sentado, y sin que me los eches en cara te lo confieso abierta, y francamente; pero en el firme, y seguro hipotesi de que serán de entendimiento, y no de voluntad, y de que si los advirtiera los corregiria, porque mi anhelo ha sido darte la doctrina mas sana, y corriente, è instruirte radical, y no compendiosamente de cada punto: espero, no que me rindas aplausos, que son hijos legitimos de la adulacion que detesto, y enemigos declarados de los desengaños que solicito; porque segun mi caracter ingenuo, te expones à que haga, y te diga lo que el grande Alexandro, con un libro de sus elogios compuesto con demasiado hiperbole por Aristobulo, que indignado le arrojó en un Rio, y no obtante su espiritu ambicioso de gloria, y alabanza, prorrumpió en estas palabras: *Quisiera bolver despues de muerto à la vida, por ver si decias de mí todo esto que escribes*; pues el adulador, ò lisongero se constituye menor que el lisongeado, porque se hace ruin por darle gusto, y yo te tengo por su-

superior, y quiero que lo seas. Sí, que rompiendo, y soltando los diques de tu prudencia, y benignidad, uses conmigo de indulgencia, y lexos de despreciarla, y de acriminarme, tengas la bondad de disculparme, haciendote cargo de mi ardiente, y eficaz celo por la utilidad pública: de los motivos que me impelieron à tomar la pluma: de que es de hombres el errar, y mucho mas de los que como yo están exhaustos de literatura, erudicion, y principios de Jurisprudencia, y no dotados de aquel fecundo, perspicaz ingenio, y brillante talento que se requiere para idear, dirigir, y perfeccionar obras de esta magnitud, por cuya causa les es mas penosa, y dificil sin comparacion qualquiera produccion arreglada: de que fuera de las Divinas Letras nada hay, por bien escrito que esté, que no necesite correccion; y asi, los hombres mas grandes, con quienes, ni pretendo, ni debo hacer parangon, fueron corregidos por otros: y de que à no haberme infundido constancia, y magnanimidad de espiritu, è iluminado mi entendimiento el Omnipotente, me hubiera sido imposible dirigirla, y concluirla con acierto, por que su inspiracion da inteligencia; (1) y como dice el Psalmo 126. *Nisi Dominus ædificaverit domum, in vanum laboraverunt qui ædificant eam.* Y me compadezcas en gran manera, considerando hace veinte años que estoy trabajando para el Público, en los quales te aseguro con mi natural ingenuidad que solo aprendí à dudar, y pude adquirir una clara nocion, ò conocimiento, y un evidente desengaño de que nada sé; por lo que en todo procedo con suma timidéz, y desconfianza de mí mismo, todo me cuesta mucho trabajo: y sin embargo del cuidado, y deseo de acertar, nada me parece que hago perfectamente: bien que todo proviene de la limitacion, y obscuridad de mi entendimiento, de la debilidad de mi memoria, y de la falta de uso del oficio, motivo porque à veces se me olvidan el signo, y firma, y quisiera no tener

(1) Job. 32. 8.

ner necesidad de echarlos jamás. Que en tan dilatados años me he negado absolutamente à toda diversion, y privado repetidas veces hasta del indispensable reposo, pues à no haberlo practicado, ni podria ganar el sustento necesario para mi vital subsistencia, y conservacion, ni ver mis obras en el actual estado. Y que à fuerza de incesantes, è insuperables tareas que en alto grado me debilitaron la cabeza, disminuyeron la vista, y deterioraron la salud, las compuse, sin tener el mas leve auxilio de persona alguna, ni aun para lo material de lo escrito, ni tampoco premio, ni esperanza de él, porque me sucede lo que al Paralitico de la Piscina, de quien habla San Juan en el cap. 5. de su Evangelio, y dexé de admitir negocios, y lucrarme con tranquilidad por beneficiarte; y todo lo daré por bien empleado, si mereciese tu aprobacion, y te aprovechase, que es el fin, y obgeto à que aspiro, y la unica remuneracion que de tu liberalidad pretendo. Y si no estubiese defectuosa, darás, como doy las debidas gracias al Criador, en cuya Divinas manos libré el acierto, pues todo lo bueno desciende del Padre de la Luz, (1) y nada mio lo puede ser; y no dexarás de atribuir algo à la obediencia, porque suele producir frutos selectos, y prodigiosos. (2) Por lo que reiterando lo que en el Prologo de mi primera parte te dixe, concluyo mis faenas para no concluir quanto antes mi vida con mas; y mediante haberte allanado el camino mas fragoso, y montuoso con la explicacion de las materias mas arduas de la Jurisprudencia, de que te incumbe, y debes estár bien tinturado para no errar: dexo puerta franca, y campo abierto à tu aplicacion, no solo para que enmiendes los yerros que contengan, sino para que adicciones lo que se me haya olvidado, ò no me haya ocurrido en ellas, (pues solo Dios tiene presentes todos los casos) y con pulso mas firme, y pluma mas bien cortada, me

(1) S. Jacob. 1. 17.
(2) Lib. 1. Reg. cap. 1. vers. 22. Proverb. cap. 15. vers. 25. Eccles. cap. 3. vers. 1. y cap. 4. vers. 17.

me ilustres como buen ciudadano, y patriota, con otras que concibo hacen falta, sabrás dirigir con mejor proporcion, y simetría, y por no permitirmelo el quebranto de mi salud, aunque mi edad no es abanzada, siento no poder emprender; pues si hicieres lo primero, consultaré con sana intencion, y cederé con profunda docilidad, y sumision à la razon, y no à la vanidad, ni amor propio, y seguiré ciegamente tu doctrina, porque como gusto de la luz, no me ofenden, ni deslumbran sus reflexos; y como amo tan de veras la verdad, miro las cosas segun son en sí, y no con el velo, y disfráz con que suelen aparentarlas el estudioso, y sutil sofisma, y artificio, la necia, y fanática preocupacion, ò la cautelosa malicia: y solo deseo lo mejor; estoy muy distante de hacer empeño en que prevalezca mi dictamen si no es arreglado; y debo à Dios el gran favor de que jamás se me destemple el paladar de la razon. Y si lo segundo, te viviré eternamente agradecido, porque mi propension à estudiar, y saber es natural; venero, estimo, y alabo, como es justo, al que me enseñi, porque le contemplo superior: y no solo no me desdeño de aprender de los niños, y rusticos, ni de seguir su parecer, si me convence, ni tampoco me corro, ni averguenzo de confesarles cathegorica, y paladinamente su discurso, y acierto, y mi estolidez, y torpeza; sino que muy lexos de desdeñarme, y avergonzarme de todo esto, y de persuadirme que por ello decaigo del concepto que debo à los doctos, y demás juiciosos que me honran; creo firmemente que por practicarlo asi, adquiero para con ellos (pues los idiotas, y calaveras ningun papel hacen en el mundo, y asi ni aun merecen ser nombrados) mas honor, y estimacion; y como dice San Agustin: *Mas nos aprovecha oír la verdad que predicarla, porque en el oír se conserva la humildad, y en el enseñar se arriesga la presuncion*, y el executar lo contrario es acto de vanidad, y sobervia reprehensible.

Y mientras llega la deseada epoca en que yo logre la gran complacencia de que me corrijas, y enseñes: Si eres

Escribano te advierto por despedida, que para instruir (como estás obligado) à los testadores, y contrayentes de las muchas dificultades que ocurren en las particiones, y evitar los costosos pleitos, que por no aclararlas en sus contratos, y ultimas disposiciones, se fomentan, y promueven: debes estár bien impuesto en esta segunda parte, y en la primera, y de lo contrario no descargarás tu conciencia. Y para que desempeñes tu obligacion, y no seas despreciado por ignorante, te aconsejo, y encargo encarecidamente, (como que me intereso en tu bien espiritual, y temporal) que estudies diariamente con reflexion, y cuidado; pues si lo hicieres, nadie vinculará sus intereses en tu ignorancia, ni te impondrá la ley, ni predominará, antes bien dominarás à otros, y te utilizarás de la suya, porque el sabio bueno domina à los astros, y à los ignorantes, y es buscado, temido, y venerado de éstos, y de otros sabios; y de no hacerlo, te será moralmente imposible saber, y conservar lo que hayas oído, ò leído alguna vez. porque la memoria es potencia muy fragil: el hombre sin leccion, y buen uso de ella, es un bruto con figura racional, que está expuesto à incidir en innumerables errores, y à causar sin intencion irreparables daños: de solo oír especies sueltas bien, ò mal digeridas, ni se sabe, ni se aprende con fundamento, ni por consiguiente se pueden concretar, ni contraer con propriedad, y discrecion à los diversos casos que ocurren, por lo que no se ve otra cosa que eruditos superficiales en este siglo que llaman *ilustrado*: los libros de poco sirven si están llenos de polvo, y la ignorancia culpable à nadie exime, ni liberta del castigo: y asi hurta algunos ratos al ocio, y al pasatiempo, respecto importarte tanto, pues no siempre estarás ocupado en tu ministerio. Que de lo que aprendas uses con candor, y sinceridad christiana, y no con siniestra interpretacion, doblez, y fin torcido. porque de no practicarlo asi, serás responsable à los perjuicios que irrogues, de los que se te hará cargo en la estrecha residencia que te espera. Que no abuses de tu

ofi-

oficio para la venganza, pasion vil, è infame, que no debe abrigar el pecho noble, y mucho menos el catholico, porque si la das entrada en tu corazon, te obcecará, y arrebatará su ímpetu furioso à cometer los excesos mas horrendos, por los que representarás el principal papel en la scena mas tragica, serás holocausto de sacrificio mas cruento, y verás tu infausto, è infeliz catastrofe; pues la injuria se debe escribir en el agua, no en el bronce, y gravar en el polvo, no en el porfido: el vengarse es cosa femenil, por lo que decia Juvenal, (1) que la muger es la que mas se alegra de la venganza: y el valerse del seguro, y sagrado del oficio para ponerla en execucion, es la mas atroz, villana, y alevosa felonia, digna del mas severo suplicio. Y para que sus impulsos no te precipiten; si el que te injurió, cayere por su desgracia en tus manos, ponte en su lugar, y haz con él lo que en igual caso quisieras hiciera contigo sin arriesgar su conciencia, porque de proceder de otra suerte, te medirá con la misma vara el Dios de las venganzas; acuerdate de lo que nuestro Redemptor nos enseñó en la Cruz, pidiendo à su Eterno Padre por sus enemigos, y verás como este recuerdo te los disipa, al modo que el Aquilón las nubes. Que huyas del espiritu de parcialidad tan pernicioso, y diametralmente opuesto à tu oficio: pues debes ser absolutamente imparcial, è indiferente, porque las leyes, el Rey, la Religion, y la razon no te autorizan, ni confieren potestad, ni licencia para inclinarte à nadie: retardar por respetos humanos la expedicion, y despacho de los negocios: dar, ò quitar la justicia: confundir, ocultar, suplantar, interpretar, alterar, ò tergiversar los hechos, y pactos de las partes, ò las providencias judiciales; ni tampoco para abultar, y hacer mas enorme el delito, lo qual es iniquidad, è inhumanidad, ni para disminuirlo con titulo de compasion, que es piedad falsa, y equivocada, ni con otro, sino unicamente para que como testigo público, fidedigno, y de ma-

(1) Satir. 13.

mayor excepcion, corrobores con tu sello, y firma los que pasen à tu presencia, segun sean realmente en sí, y no de otra forma, à fin de que en vista de tu asercion no se dude de su irrefragable veracidad. Este es tu oficio, y no otro; y el persuadirte, ò creer que se estiende à mas, es un error craso, un engaño manifiesto, una maxima de eterna perdicion, y una moral reprobada por la recta razon, por las leyes, y por el christianismo; y asi debes atemperarte, y ceñirte à las facultades de tu titulo sin exceder: tener cortada tu pluma de tal suerte, que sus puntos estén siempre iguales para toda clase de personas indistintamente, y tu tintero lleno de tinta inmutable, indeleble, è incorruptible: y con legalidad, è indiferencia desmentir, y abolir aquella vulgaridad barbara, y fanática de: *Pleito bueno, ò pleito malo el Escribano de tu mano*, porque à mas de que de nada te sirve toda tu autoridad para lo expuesto, atento à que nada puedes hacer licitamente à favor de una parte en perjuicio de la otra sin detrimento de tu Alma: es impropio, y ageno de la racionalidad, y del juicio el entregarse à una ciega pasion, y dexarse alucinar, y preocupar; y en tanto se acredita el hombre de perfecto racional, se distingue de los brutos, y se constituye verdadero dueño, y señor de sus propias acciones, en quanto se sujeta à la justa razon, y se gobierna por ella, y no por pasion, ni preocupacion. Que no te prostituyas, ni dexes predominar indigna, y vergonzosamente de aquellos dos metales hijos de las entrañas de la tierra, à quienes el capricho de los hombres dió un valor, y merito imaginario, y arbitrario, y la predileccion entre los demás; porque tienen tal iman, y aliciente que arrastran los corazones, y prevalidos del aprecio que de ellos hacen, y de la alta esfera à que incauta, è indebidamente los elevaron, siendo nada mas que polvo, infunden tal orgullo, y osadía al que los posee, que se le figura estár autorizado para poner sus miras, y conspirar impunemente contra los Imperios, vidas, honras, y haciendas, y hasta contra el sagrado de

la

la Religion: todo lo trastornan, corrompen, y proponen como licito, y justo; pero el pago que dan al que los idolatra, y ama con exceso, es perderle, y arruinarle para siempre; y à fin de que no te veas en este deplorable estado; jamás tengas plumas de oro, ni plata, porque son demasiado duras, y pesadas, y con ellas no podrás escribir recta, y limpiamente, ni bolar al Cielo: ni tampoco de cera, porque si se derriten al fuego de la amistad, del favor, ò de la condescendencia, serás abatido, y precipitado como Icaro, y el que agrada à los hombres es confundido, y despreciado de Dios. (1) Ten presente que el favor, y la codicia son unos malvados traidores, y enemigos poderosos, è irreconciliables homicidas de la Justicia, y que ésta no debe ser arbitraria: y no eches al olvido los estragos que ha causado, causa, y causará la condescendencia del primer hombre. Y asi, para que puedas vivir lleno de satisfacciones, y con estimacion, y tranquilidad de espiritu, hablar à toda clase de gentes con la respetuosa arrogancia, y valentía que dicta la buena crianza, è inspiran la modestia, la rectitud de corazon, y la pureza de conciencia: hacer frente, y rebatir las insidias de los que intenten seducirte, y pervertirte: y no tener esclava tu natural libertad, nada admitas sino tus justos derechos: pide à Dios como el Rey mas sabio, (2) le pedia lo necesario para vivir: contentate con lo que ganes, y arreglate à ello: está siempre alerta en el uso de tu oficio, y de nadie te fies por encumbrado que le veas, porque cada uno procura lograr sus ideas, sin detenerse en que sean, ò no justas, ni en los daños que se podrán irrogar al que le complace; y segun el espiritu infalible todo hombre es faláz: y como Escribano à nadie conozcas mas que à la verdad, y à la justicia, y cayga el que cayere, aunque sea tu padre; pues asi piensan,

(1) Psalm. 52. vers. 7.

(2) Proverb. 30 vers. 8. *Mendicitatem, et divitias ne dederis mihi: tribue tantum victui meo necessaria, ne necessitate compulsus furer, et periurem nomen Dei.*

san, y proceden: estas medidas, y precauciones toman, y este plan, ò detalle forman los Filosofos sensatos, y verdaderamente christianos que desean salvarse. Y respecto ser semejante tu oficio en quanto à lo profano al de los Evangelistas en lo concerniente à lo Divino, te buelvo à encargar, y aconsejar, que en tus operaciones los imites; y para conseguirlo, nunca pierdas de vista el santo temor de Dios, que es el nivél de las del Catholico, el principio de toda sabiduría, y la basa, y piedra angular, en que se afianza la eterna, y verdadera felicidad; (1) pues à efecto de que todo se verifique, y de que por ser su Divina Magestad quien es, y por tantos beneficios como de su mano próciga recibes, le sirvas en todo como se merece, le suplíco cordialmente te inspire sentimientos de honor, integridad, y bondad, y te comunique los rayos de su gracia, y colme de auxilios, y prosperidades. Y para que no tengas disculpa, no he podido menos de ponerte al frente con intencion cuidadosa estos saludables consejos, ni puedo dexar de advertirte, que si por ser dados por mí, ò por parecerte inoficiosos, intempestivos, y voluntarios, à causa de no serme pedidos, ò impertinentes, impropios, y estraños de un Prologo (lo qual no te niego) los despreciares, viviré con la satisfaccion completa de haber correspondido, y cumplido exactamente con la obligacion en que me constituyeron los repetidos interiores, y eficaces impulsos, que para dartelos he tenido, y tu tendrás la desgracia de que sean testigos sin tacha contra tí; y de que estas excepciones, y otras semejantes no te exoneren, ni indemnizen de los cargos que se te hagan. VALE.

(1) Eccles. 22. 14. y 16.

TA-

TABLA

DE LOS CAPITULOS, Y PARRAFOS que comprenden los tres libros de esta segunda parte de la Librería de Escribanos, y expresion por mayor de lo que cada uno contiene.

LIBRO PRIMERO.

DE LOS JUICIOS DE INVENTARIO, y particion de bienes del que murió ex testamento, ò abintestato, entre su viuda, y herederos; consta de siete capitulos.

CAPITULO PRIMERO.

EL capitulo primero trata del inventario, y tasacion de bienes de difunto: en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion; y contiene quatro parrafos.

En el §. I. se explica, qué cosa es inventario, ante qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué termino debe hacerse, y contra quién prueba, ò no.

En el §. II. qué personas están, ò no obligadas à hacer inventario solemne: si el heredero haciendolo, ò no, deberá pagar las deudas hereditarias, y legados, aunque los bienes de la herencia no alcanzen para todo; y si por su confeccion es visto haberla aceptado, ò no.

En el §. III. si se deben tasar, ò no los bienes inventariados, y por qué personas; y en caso que estas discorden, ò hagan agravio en su valuacion, de qué remedios pueden usar los herederos.

En el §. IV. en qué pena incurre el heredero que oculta los bienes del difunto en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos; y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

CAPITULO II.

EL capitulo segundo trata de la division, y forma de proceder en ella; de los contadores, su oficio, facultades; y cómo han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal, y la finca enfiteutica; y contiene quatro parrafos.

En el §. I. se explica, qué cosa es la division, quién puede pretenderla, y ante quién; por quánto tiempo prescribe la accion de pedirla; cómo se ha de hacer entre herederos presentes, y ausentes; y en qué forma debe proceder el Juez en ella.

En el §. II. se trata de los contadores, su oficio, y facultades; y se explican las reglas que deben observar para hacer con justificacion la particion, y adjudicaciones.

En el §. III. cómo se han de dividir las cosas individuas, y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

Y en el §. IV. cómo se ha de dividir la alhaja enfiteutica.

CAPITULO III.

EL capitulo tercero trata de las deducciones llamadas comunes, ò generales, *que ante todas cosas se deben hacer del cuerpo del caudal inventariado; y contiene tres parrafos.*

En el § I. se explica cómo, y por qué orden se han de baxar del caudal inventariado la dote, bienes parafernales, y demás que la muger llevó à su matrimonio, y heredó constante éste; y en concurrencia de dos, ò mas dotes, quál se ha de baxar primero habiendo, ò no gananciales.

En el §. II. de dónde se deben deducir el capital que el marido lleva al matrimonio, y bienes que constante éste heredó, ò le donaron.

Y en el §. III. qué deudas se deben baxar, ò no del cuerpo de caudal inventariado por muerte del testador; cómo se han de deducir los derechos del inventario, tasacion, y demas que ocurran hasta la conclusion del juicio de particion; y si al heredero que defendió la herencia, ò mejoró los bienes de ella, se deberán pagar, ò no los gastos que hizo.

CAPITULO IV.

EL capitulo quarto trata del modo de dividir entre el conyuge superstite, y herederos del difunto, los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso, y tambien las mejoras hechas en los bienes libres, y vinculados de ambos conyuges; y si la dote, y donacion propter nuptias que estos dieron, ò prometieron à sus hijos, se han de satisfacer de los gananciales, ò de los suyos patrimoniales; y contiene cinco parrafos.

En el §. I. se explica quáles se llaman bienes gananciales, y se comunican à los casados; y cómo se han de dividir entre hijos de dos, ò mas matrimonios.

En el §. II. quándo no se comunicarán à los conyuges los gananciales, ò los perderán.

En el §. III. cómo se han de dividir las mejoras hechas por los conyuges en sus bienes libres, y vinculados.

En el §. IV. quando por muerte de uno de los conyuges se quedó el otro mucho tiempo con los bienes de todos, cómo se han de dividir los adquiridos durante la proindivision.

Y en el §. V. si de los bienes gananciales, ò de los patrimoniales se han de pagar à los hijos la dote, y donacion propter nuptias que sus padres, ò el padre solo les dán, ù ofrecen constante matrimonio, ò durante la proindivision; y si por muerte de uno de estos deberán colacionar aquellos el todo percibido, ò solamente su mitad quando se haga la division.

CAPITULO V.

EL capitulo quinto trata del modo de dividir los frutos de bienes libres, y vinculados que el testador dexa pendientes, ò cogidos, yá sea entre su viuda, y herederos, ò entre otros, y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ò adquirido durante él; y contiene cinco parrafos.

En el §. I. se explica cómo se han de dividir, y à quién pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador, y no entregada al comprador.

En el §. II. cómo se han de dividir los frutos de la albaja enfiteutica, en caso de que el enfiteusi de nominacion *haya de bolver al señor del directo dominio por muerte del enfiteuta.*

En el §. III. cómo se han de dividir los frutos, y pensiones de beneficios eclesiasticos entre los herederos del Beneficiado, y el succesor.

En el §. IV. cómo se han de

dividir los frutos pendientes del mayorazgo entre el succesor, y herederos del poseedor.

Y en el §. V. cómo se han de dividir los frutos pendientes de los bienes de marido, y muger, disuelto el matrimonio, yá sean libres, ò vinculados, y llevados à éste, ò adquiridos durante él por uno de los dos, ò por ambos.

CAPITULO VI.

EL capitulo sexto trata de dónde se deben baxar las arras, joyas, alimentos, luto, y vestido ordinario de la viuda, y el lecho quotidiano de ambos conyuges; y contiene tres parrafos.

En el §. I. se explica cómo, y de dónde se han de deducir las arras, ò las joyas, y vestidos que el marido da, ù ofrece à su muger futura.

En el §. II. si los herederos del marido están, ò no obligados à dar alimentos à su viuda mientras se hace la particion; y de dónde se deben deducir.

Y en el §. III. de dónde se deben deducir el luto de la viuda, y herederos del difunto, el vestido ordinario de ésta, y el lecho quotidiano que toca al conyuge superstite.

CAPITULO VII.

EL capitulo septimo trata del usufruto, y cómo se han de dividir los frutos que dexa cogidos, ò pendientes el usufructuario; y contiene tres parrafos.

En el §. I. se explica quántas especies hay de usufructo; en qué conviene. y se diferencia del uso, y legado annuo; y si el usufructuario debe pagar, ò no las deudas del testador, y cargas de los bienes que usufrutúa.

En el §. II. si el usufructuario estará, ò no obligado à constituir, ò dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla; quándo en éste habrá, ò no lugar el derecho de acrecer; y por qué causas se extingue.

Y en el §. III. cómo se han de dividir los frutos que el usufructuario dexa cogidos, ò pendientes; y à quién pertenecen.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE BIENES del que murió testado, ò intestado, entre sus herederos legitimos, y extraños, yá los haya mejorado, ò no; consta de diez capitulos.

CAPITULO PRIMERO.

EL capitulo primero trata del modo de dividir los bienes del que murió baxo de testamento, entre sus legitimos descendientes, quando à ninguno mejoró; de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio; qué puede dexar à los ilegitimos, careciendo de legitimos ascendientes, ò descendientes, ò teniendolos; y si los legitimados sucederán, ò no à sus padres, y parientes; y contiene quatro parrafos.

En el §. I. se explica de quántas maneras se puede hacer la division; si el padre podrá, ò no hacerla en su vida, revocarla, y señalar à sus hijos la legitima; y qué ha de practicar el Juez quando no la hizo; si los hijos podrán pedir se les supla la legitima quando los bienes paternos se aumentaron; y si en ella habrán, ò no lugar el suplemento, y el derecho de acrecer.

En el §. II. de qué parte de sus bienes puede disponer el testador por su alma, ò à favor de quien quisiere en perjuicio de sus legitimos descendientes; y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral, entierro, y Misas.

En el §. III. qué puede dexar el testador à sus descendientes ilegitimos, yá tenga, ò no legitimos ascendientes, ò descendientes.

Y en el §. IV. en qué bienes sucederán à sus padres los hijos legitimados por el subsequente matrimonio, ò por el Principe, y los prohijados.

CAPITULO II.

EL capitulo segundo trata de la division de los bienes del testador entre sus legitimos descen-

cendientes, quando mejoró à algunos de ellos, y de la de los frutos de la mejora, y donacion; y contiene quatro parrafos.

En el §. I. se explica si los ascendientes podrán mejorar à sus legitimos descendientes, consignarles la mejora, y gravar al mejorado; y cómo se ha de deducir.

En el §. II. si los ascendientes podrán, ò no revocar hasta su muerte la mejora hecha à sus descendientes legitimos, y se entenderá, ò no revocada, aunque no la revoquen.

En el §. III. si los ascendientes que prometen, ò no mejorar à sus descendientes legitimos, deberán, ò no cumplir la promesa; si el mejorado podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora; y si siendo hecha ésta à dos, ò mas en contrato entre vivos, ò en ultima voluntad, repudiare el uno su parte, ò no pudiere haberla, se acrecerá, ò no à los otros.

Y en el §. IV. cómo se han de dividir los frutos de la mejora, y donacion hecha entre vivos, ò en ultima voluntad; quándo pertenecen, ò no al mejorado, ò donatario, yá estén, ò no pendientes en la alhaja consignada; y si éste debe, ò no restituirlos en caso de revocarla el testador.

CAPITULO III.

EL capitulo tercero trata de si los hijos, y descendientes legitimos, à quienes sus ascendientes dotaron, ò hicieron donaciones en vida, deberán, ò no colacionarlas por su muerte con los demás herederos; y contiene quatro parrafos.

En el §. I. se explica qué es colacion; por qué razon se introdujo; qué se requiere para que haya lugar; y entre qué personas debe, ò no hacerse.

En el §. II. qué bienes han de colacionar, ò no los descendientes legitimos; y qué debe observar el contador en quanto à estimar los colacionados por legitima, ò mejora en caso de duda.

En el §. III. de quántos modos se puede hacer la colacion; à quién compete la accion de hacerla, y pedirla; à qué tiempo se ha de atender para ver si la donacion es, ò no inoficiosa; por qué precio se han de colacionar los bienes donados; y si el que los colaciona, deberá, ò no restituir sus frutos, repudiando la herencia.

Y en el §. IV. si de los bienes que los descendientes recibieron en vida de sus ascendientes, y por su muerte han de colacionar; y de la quarta marital, se deberán, ò no deducir las mejo-

ras

ras hechas, y entregadas, ò no à ellos mismos, ò à otros mejorados, antes, ò despues de la tradicion de los bienes colacionables.

CAPITULO IV.

EL capitulo quarto trata de la succesion ex testamento de los ascendientes à sus legitimos descendientes; y contiene tres parrafos.

En el §. I. se explica si los ascendientes succederán, ò no ex testamento à sus descendientes legitimos en todos sus bienes; y si entre ellos habrá, ò no lugar la colacion.

En el §. II. de qué parte de sus bienes pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legitimos ascendientes; y si de ella se han de sacar, ò no los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados.

Y en el §. III. se trata de la succesion de los bienes troncales en los lugares en que se observa algun fuero, ò costumbre.

CAPITULO V.

EL capitulo quinto trata de si los que se casan dos, ò mas veces, están, ò no obligados à reservar à los hijos, y descendientes legitimos de sus anteriores matrimonios, los bienes que hubieron de ellos, ò de sus padres, y cómo se han de dividir; y contiene dos parrafos.

En el §. I. se explica en qué casos los viudos que teniendo hijos, ò descendientes legitimos, se buelven à casar, están obligados à reservarles lo que hubieron de ellos, ò del conyuge premuerto.

Y en el §. II. en quáles no estarán obligados à hacerles la reservacion.

CAPITULO VI.

EL capitulo sexto trata de los legados, y condiciones que en ellos puede poner el testador; quándo podrá, ò no revocarlos, y se entenderán, ò no revocados, y de dónde se han de deducir; y si en ellos habrá, ò no lugar el derecho de acrecer; quándo se compensarán, ò no con lo que debe à su muger, ò à otros acreedores suyos; si pertenecen, ò no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produce hasta que se le entrega; y si revocandose el legado, deberá, ò no restituir los que percibió; y contiene seis parrafos.

En el § I. se explica la division de los legados; y qué co-

sas

sas puede, ò no legar el testador.

En el §. II. qué condiciones puede imponer el testador en los legados; quándo estará, ò no obligado el legatario à cumplirlas, y percibirá, ò no el legado; y si pasarán, y se entienden, ò no repetidas en el substituto.

En el §. III. si el testador podrá, ò no revocar los legados que hizo; quándo se entienden, ò no revocados, aunque no los revoque; y de dónde se deben deducir, yá dexe herederos legitimos, ò estraños.

En el §. IV. si habrá, ò no lugar el derecho de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares.

En el §. V. si los legados hechos por el testador à su muger, ò à sus acreedores, se compensarán, ò no con la dote, bienes parafernales, arras, y gananciales que la tocan, y con lo que debe à aquellos.

Y en el §. VI. si pertenecerán, ò no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produjo desde su muerte hasta que se le entregó; y si revocandose el legado, deberá, ò no restituir los que percibió.

CAPITULO VII.

EL capitulo septimo trata de la succesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes, y transversales que murieron intestados, y contiene trés parrafos.

En el §. I. se explica cómo han de succeder los descendientes à sus ascendientes legitimos, è ilegitimos, y à sus parientes, muriendo intestados.

En el §. II. cómo deben heredar los ascendientes legitimos à sus descendientes que murieron intestados.

Y en el §. III. cómo deben succeder los parientes transversales à los suyos que murieron intestados; qué deberán distribuir estos, y los ascendientes, y descendientes por el alma del difunto; y si por la regla del abintestato se graduarán en caso de duda los instituidos en testamento.

CAPITULO VIII.

EL capitulo octavo trata del modo de dividir la hacienda del testador entre herederos estraños, y sus substitutos; y quándo se acrecerá à unos la parte de herencia que los otros no quisieron, ò no pudieron heredar; y contiene trés parrafos.

En el §. I. se explica quiénes

nes se llaman herederos estraños; de quántas maneras los puede instituir el testador; y siendo muchos los instituidos, si le heredarán, ò no todos igualmente, y à un propio tiempo, ò por orden succesivo.

En el §. II. cómo se ha de dividir la herencia entre los substitutos de herederos legitimos, ò estraños; y si la condicion puesta en la institucion se entiende, ò no repetida en la substitucion.

Y en el §. III. quándo se acrecerá à algunos de los herederos estraños instituidos la parte de herencia que los otros repudiaron, y no pudieron heredar, ò por otro motivo quedó vacante.

CAPITULO IX.

EL capitulo nono trata de las causas por qué se pueden impugnar, y rescindir las particiones; y quándo habrá, ò no lugar à la eviccion de los bienes de la herencia, ò legado; y contiene dos parrafos.

En el §. I. se explica por qué causas se pueden impugnar, y rescindir las particiones de bienes de difunto.

Y en el §. II. quándo habrá, ò no lugar à la eviccion de los bienes quitados en juicio à alguno de los herederos à quien se adjudicaron, ò al legatario.

CAPITULO X. y final.

EN el capitulo final se pone el modo de formalizar el inventario, y tasacion de los bienes de difunto, y se estienden dos particiones para instruir al contador en el método de hacerlas, y dos escrituras de particion.

LIBRO TERCERO.

EL LIBRO TERCERO TRATA DE LOS tres juicios, ordinario, executivo, y de concurso, y prelacion de acreedores; y contiene tres capitulos.

CAPITULO PRIMERO.

EL capitulo primero trata del juicio civil ordinario en primera instancia hasta la sentencia difinitiva; y contiene quince parrafos.

En el §. I. se trata de las divisiones del juicio; en qué dias puede, ò no hacerse; y qué personas pueden, ò no comparecer en él.

En el §. II. de la demanda, y clausulas que debe contener; si se puede, ò no mudar, ampliar, y enmendar; qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y otras cosas.

En el §. III. de la citacion, ò emplazamiento con la demanda; y de quántas maneras puede hacerse.

En el §. IV. de las clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio, y termino que para ello se le concede.

En en el §. V. de la contestacion de la demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué termino debe hacerse.

En el §. VI. de la reconvencion, y sus efectos; dentro de qué termino debe hacerse, y ante qué Jueces; y en qué causas há, ò no lugar.

En el §. VII. de la prueba que se puede hacer en juicio, y sus cluses.

En el §. VIII. del termino, ò dilacion para hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde quándo corre; y si se podrá suspender, y practicar otra cosa durante él.

En el §. IX. de la publicacion de probanzas, y restitucion del termino probatorio que compete à los menores, y demás que gozan del beneficio de menor edad.

En el §. X. de las tachas, ò repulsas de los testigos, tiempo, y forma de oponerlas, y termino pa-

para probarlas ; y de las alegaciones en derecho.

En el §. XI. de la conclusion de los autos para difinitiva; y si despues de conclusos se podrán , ò no hacer probanzas.

En el §. XII. de la recusacion de los Jueces superiores , è inferiores , y subalternos de los Tribunales ; causas por qué puede ser hecha; y forma de hacerla.

En el §. XIII. de la sentencia difinitiva, circunstancias que requiere para su validacion ; si el Juez la podrá , ò no revocar, ò reformar , y termino para apelar de ella.

En el §. XIV. de la nulidad de las sentencias , y termino en que se debe pedir.

Y en el §. final de la forma de estender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.

CAPITULO II.

EL capitulo segundo trata del Juicio Executivo hasta la sentencia de remate, y su execucion , y contiene ocho parrafos.

En el §. I. se explica qué es juicio executivo, y qué cosas traen, ò no aparejada execucion.

En el §. II. quién puede pedir execucion , y ser executado; quántas clases hay de bienes , y en quáles se puede , ò no trabar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria , podrá dexarla , y pasar à la executiva.

En el §. III. cómo se ha de pedir, despachar, y trabar la execucion ; con qué orden , y en qué dias puede , ò no hacerse ; qué personas pueden , ò no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento ; por quánto tiempo se han de dar los pregones à los bienes executados ; y quándo , y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

En el §. IV. se trata de la Oposicion del executado , y excepciones que se le deben , ó no admitir en la via executiva ; en qué termino las ha de probar para elidir la execucion ; y si el Juez requerido podrá , ò no conocer de ellas , y definirlas.

En el §. V. de la sentencia, fianzas , y remate de los bienes executados.

En el §. VI. del tercero opositor à la via executiva.

En el §. VII. quándo deberá, ò no ser condenado en las costas del pleito , y pagar decima de la execucion el executado.

Y en el §. final de la forma de estender las diligencias de la via executiva , estando presente el deudor.

CAPITULO III.

EL capitulo tercero trata del Juicio de Concurso de acreedores, y sus clases, y contiene cinco parrafos.

En el §. I. se explica el primer genero de concurso llamado cesion de bienes; *quién puede hacerlo, ò no; qué requisisos son necesarios para que se estime por bien formado; y cómo se ha de substanciar, y seguir.*

En el §. II. se trata de la ocurrencia, ò pleito de acreedores, sus clases, hipoteca, y prelacion.

En el §. III. de la espera de acreedores; à quiénes, por qué personas, y por quánto tiempo se puede, ò no hacer.

En el §. IV. de la remision de acreedores; cómo, y à que deudores la pueden, ò no hacer de lo que éstos les deben.

Y en el §. final de la forma de ordenar las diligencias del concurso de acreedores, y cesion de bienes.

TRATADO

DE INVENTARIOS, Y PARTICIONES de bienes de difunto.

LIBRO PRIMERO.

DEL INVENTARIO, Y PARTICION de bienes del que murió ex testamento, ò ab-intestato entre su viuda, y herederos.

CAPITULO PRIMERO.

DEL INVENTARIO, Y TASACION de bienes de difunto: en qué pena incurre el heredero que oculta algunos de la herencia en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

SUMARIO.

§. I.

1. 2. *QUE cosa es el inventario, y por què razones fue introducido?*

3. *¿Quál se llama inventario solemne, y quál simple: y en qué convienen,*

y se diferencian?

4. *¿En qué lugar se ha de hacer, si el difunto no tenia mas que un domicilio, ya muera dentro, ò fuera de él?*

5. *¿Y en quál, si tenia dos domicilios?*

6. *Si son instituidos por el lego varios herederos, y uno, ò mas de ellos Clerigo, se ha de hacer el inventario ante el secular: y en la succesion ex testamento, ò abintestato del lego al Clerigo se ha de proceder ante el Juez lego.*

7. 8. *Siendo Eclesiastico el difunto, y algunos de sus herederos Clerigo, lugar pio, ò Comunidad Eclesiastica, ¿ante quién debe hacerse?*

9. *Por el inventario se presumen ser de aquel, por cuya muerte se hizo, todos los bienes en él contenidos.*

10. *Excepto en cinco casos.*

11. *Contra tercero jamás prueba.*

12. 13. *El heredero, ò el que formalizó el inventario, ¿quándo podrán reclamar la declaracion del difunto, en que afirmó tenia ciertos bienes, que expresó, y no se hallaron?*

14. *El primer requisito del inventario solemne es que se cite no solo à los herederos, sino à los legatarios, y acreedores del difunto.*

15. *Oy no se practica la citacion à los acreedores, ni legatarios.*

16. *El requisito segundo es: que à su confeccion asistan Juez, y Escribano; pero la asistencia del Juez no es necesaria.*

17. *El tercero es: que se inventarién los bienes que dexó el difunto.*

18. *En el inventario se deben poner por clases, y por menor todos los bienes muebles, raices, y semovientes libres que el difunto haya dexado dentro, y fuera del Pueblo de su domicilio.*

19. *Se han de inventariar los instrumentos, libros, y papeles concernientes*

tes

tes à la herencia, y los censos, efectos, derechos, y acciones.

20. *Las deudas à favor, y contra el caudal.*

21. *Las cosas litigiosas, y las agenas que el testador tenia en su poder; excepto en un caso.*

22. *Los frutos de los bienes libres, y vinculados, y las mejoras hechas en los libres.*

23. *Los vestidos de la muger, è hijos del difunto; excepto los quotidianos.*

24. *El lecho quotiano con especificacion de las cosas, de que se compone.*

25. *Los bienes especificamente legados, siendo de la herencia, aunque el Legatario lo resista.*

26. *Y los dotales, parafernales, y hereditarios de la muger que existan entre los de su difunto marido.*

27. *Se han de depositar en el inventariante, ò en quien los interesados quieran, todos los bienes inventariados: y el Escribano no ha de proceder por apremio, è indagacion, sino por manifestacion del inventariante.*

28. *Se ha de aumentar al inventario el daño que alguno de los herederos hizo en cosas de la herencia, y el importe de las que substrajo de ella despues de la muerte del testador.*

29. *Pero no, si lo hizo antes que este falleciese, ni detenerse por ello el juicio divisorio.*

30. 31. 32. *Si los herederos contienden sobre inventariar, y dividir, ò no algunos bienes existentes entre los de la herencia, ¿qué se debe hacer?*

33. *El quarto requisito es: que se pongan en el inventario el dia, mes, año, y lugar en que se hace, y concluye.*

34. *El quinto requisito es: que à su confeccion presencien tres testigos varones de buena fama, y vecinos del Pueblo en que se formaliza.*

35. *Impugnando los testigos el inventario, ò instrumento, ¿si valdrá, ò no?*

36. *El sexto requisito es: que el que hace el inventario lo firme, y sino sabe, un testigo por él.*

37. *El septimo requisito es: que el inventario se principie, y concluya dentro del termino legal.*

38. 39. *Empieza à correr este termino desde que el heredero acepta la herencia; excepto que para su aceptacion dexe espirar el que se le conceda: y lo que se practíca es aceptarla con beneficio de inventario para no ser perjudicado.*

40. *¿Dentro de qué termino pueden los acreedores, y legatarios reconvenir al heredero por sus deudas, y legados?*

41. *El ultimo requisito del inventario solemne es: que el que lo hace jure haberlo formalizado bien, y fielmente, y proteste adicionar à él los bienes que llegue à saber pertenecen à la herencia.*

§. II.

42. *¿QUE personas están obligadas à hacer inventario solemne?*

43. 44. 45. *Está obligado el heredero à pagar las deudas del difunto, y legados, si acepta la herencia sin hacer el inventario; excepto en diez casos.*

46. *¿En qué termino los tutores deben inventariar los bienes de sus menores?*

47. 48. *Dexando de hacerlo por dolo, y no por causa justa, deben satisfacerles el daño que se les irrogue.*

49. *Aunque lo hayan hecho en tiempo debido, sino lo hicieron con la pureza legal, ¿à qué son responsables?*

50. *Por el dolo del tutor no há lugar el juramento* in litem *contra sus herederos, excepto en un caso. Y lo expuesto acerca de los tutores militá para con los Ad-*

Administradores, y demás que están obligados à dar cuenta.

51. 52. *¿Quándo estará, ò no obligado el Fisco à hacer inventario solemne, y* ultra vires hæreditarias, *sino lo hace? ¿Y si lo estarán, ò no los herederos* anomalos?

53. 54. *No está obligado el padre à hacer inventario solemne de los bienes adventicios de sus hijos; pero sí quando estos existen fuera de su poder, y los bereda.*

55. *Marido, y muger sin hijos, que no fueron instituidos herederos uno del otro, deben hacer descripcion de los bienes que dexó el difunto.*

56. 57. 58. *Usufructuario particular, ò universal, ¿si deberá, ò no hacer inventario solemne de los bienes que ha de usufructuar?*

59. *El usufructuario que posee los bienes con licencia del testador, ò del heredero propietario, hace suyos los frutos antes de la fianza.*

60. *Inventario hecho por uno de los herederos, ¿si aprovechará, ò no à los demás, ò à los acreedores?*

61. *De quatro maneras puede ser instituido el heredero.*

62. 63. *¿Qué cosa es la herencia: de quántos modos se puede aceptar: y para esto qué circunstancias se requieren de parte de el heredero?*

64. 65. *Por la confeccion del inventario no se contempla aceptada la herencia.*

66. *¿En qué pena incurre el heredero legítimo, ò estraño, que no quiere aceptar la herencia, porque está muy gravada, y compra en cabeza de tercero, ò substrae algunos bienes de ella?*

§. III.

67. 68. *LOS bienes inventariados se deben apreciar, si el testador no los dexó apreciados.*

Se

69. *Se ha de hacer el aprecio por perítos públicos: y no habiendolos, por los que elijan las partes.*

70. *Deben ser de buena vida, y fama, y mayores de toda excepcion estos perítos, y jurar que harán fielmente la tasacion, excepto que sean tasadores públicos, ò que las partes los nombren, y releven del juramento.*

71. *¿Qué juramento es el de estos perítos?*

72. 73. 74. *Si podrán ser compelidos à admitir su encargo, y recusados sin causa, ya los nombren las partes, ò el Juez, ò estén diputados publicamente?*

75. *Para hacer la tasacion los perítos se debe citar à las partes; excepto en dos casos.*

76. 77. *¿Cómo se debe hacer la tasacion por los perítos?*

78. 79. *¿A qué tiempo se debe atender al valor de los bienes de la herencia, para excluir la querella de inoficioso testamento: ver si queda à los hijos su legitima, ò à los extraños la quarta falcidia; ò para dividirlos?*

80. *Discordando los perítos en la tasacion, deben elegir tercero las partes.*

81. *Si todos discordan, ¿qué puede hacer el Juez?*

82. 83. *¿Si el tercero deberá, ò no conformarse con uno de los perítos, ò podrá dar dictamen separado?*

84. 85. *Para saber à qué perito se debe dar credito, quando hay muchos, y todos discordan, se distinguen siete casos.*

86. *No pueden delegar su oficio los perítos, ni el tercero.*

87. *¿Qué remedios competen al agraviado quando los perítos proceden con injusticia en la tasacion?*

88. *Para que el Juez defiera à la reduccion à alvedrio de buen varon, no basta que un heredero solo afirme que es injusta la tasacion, si otro lo contradice.*

89. *Siendo pobre el he-*

re-

redero que impugna la tasacion, y no queriendo los coherederos pujar los bienes, puede valerse de un tercero. Pero si alguno de ellos los quiere por el tanto, es preferido al estraño.

90. *Vendiendose algunos bienes, y dando al contado por ellos uno de los herederos menor precio que el de su tasa; ò queriendolos por él, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado, no impugnandolo los demás.*

91. 92. *Quando una heredad, que tiene muchas fanegas de sembradura, y algunas de mejor calidad que otras, se tasó à cierto precio una fanega con otra, y uno de los herederos puja algunas, señalandolas, ¿si se deberá, ò no admitir la puja, y los herederos podrán pedir se haga la tasacion con separacion de fanegas?*

93. *¿En qué tiempo se ha de hacer la puja, ò mejora en algunos bienes de la herencia?*

94. *Ningun heredero, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion despues de hechas las adjudicaciones à todos.*

95. *Estando apreciada evidentemente una cosa de la herencia en mucho mas que lo que vale: no habiendo otras tan subidas, y aplicandola los Contadores à uno de los herederos sin sortearla, ¿qué puede hacer?*

96. 97. 98. *En varios casos no perjudicarán à los acreedores, legatarios, ni terceros poseedores los aprecios hechos por los peritos nombrados por las partes.*

99. *Se ha de inventariar, y apreciar por lo justo la alhaja que el testador legó à alguno, aunque dixese que valia menos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese.*

§. IV.

100. 101. *¿EN qué pena incurre el heredero que maliciosamente omitió poner algunas cosas en el inventario?*

102. *Y para incurrir en ella ¿qué circunstancias deben concurrir?*

103. *La prueba de ocultacion se puede hacer por varios medios.*

104. 105. *Ha de ser de dolo verdadero, y no presunto; ¿y quál se llama verdadero, y quál presunto?*

106. 107. *Haciendo protesta el heredero de aumentar al inventario todos los bienes que llegue à su noticia pertenecen à la herencia, ¿si incurrirá, ò no en la pena?*

108. *¿Cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion?*

109. *¿Ante qué Juez se ha de intentar la accion de ocultacion?*

110. *¿Quándo se transfiere, ò no contra los herederos del ocultante la accion de ocultacion en quanto à incidir en la pena?*

111. *¿En qué casos no incurre en la pena de ocultador el heredero inventariante?*

112. *Al poseedor, que como tal, y no como heredero, formaliza el inventario, no se estiende esta pena.*

113. *No se dá à los coherederos la accion* expilatæ hæreditatis, *sino la de* familiæ erciscundæ *contra el heredero, que despues de aceptada la herencia quitó algunas cosas de ella.*

114. *Estando yacente la herencia, debe restituir lo substraido con frutos el que lo substrajo, è incurre en otras penas.*

QUE

§. I.

QUE COSA ES INVENTARIO, ANTE qué personas, cómo, en dónde, de qué bienes, y dentro de qué termino debe hacerse; y contra quién prueba, ò no.

1 SIendo, como es, natural, y preciso à toda persona humana el morir, segun nos lo enseña el Evangelio, y acredita la experiencia; es tambien indispensable, que para repartir con arreglo à su voluntad, ò al precepto legal los bienes que dexe, se inventarien, y valúen previamente, sin cuyo acto es quasi imposible hacer justificada su division; porque el inventario es el principio, cabeza, y basa de toda particion, y sin que preceda no puede practicarse como corresponde. (1)

2 Esta voz, ò palabra *inventario* es latina: se deriva del supino *inventum* del verbo *invenio*, que significa hallar: no es otra cosa, que un instrumento en que se escriben, y sientan los bienes que se encuentran, ya sea por muerte de alguno, ò por embargo, ù otro motivo, (2) y fue introducido segun derecho comun (3) por quatro razones: la primera, y capital, para que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios, y especialmente los

(1) Bald. in leg. fin. §. Non autem, Cod. de Bonis quæ liberis, & in Authent. Cum testator. Cod. ad leg. Falcid. Ayor. part. 1. cap. 1. n. 16. Valasc. de Partition. cap. 8. n. 1. y 2.

(2) Leyes 99. y 100. tit. 18. Part. 3. y 5. tit. 6. Part. 6. glos. in leg. Tutor. qui repertorium, ff. de Administrat. tutor. & ibi Bartul. & DD.

(3) Authent. de Hæredib. & falcidia, cap. Hinc nobis 2. collat. novel. y tit. 1.

los muebles: (1) la segunda, para que no estuviesen obligados *ultra vires hæreditarias*, quiero decir à mas, que lo que importase la herencia: (2) La tercera, para que no dudando mediante él, à quanto ascendia el caudal del difunto, no pidiesen termino para admitirla, ò dimitirla: (3) y la quarta, para probar las alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables. (4)

3 Se divide el inventario en solemne, y simple: el solemne es el que se hace observando todas las solemnidades por derecho prescriptas: (5) y el simple el que se formaliza, haciendo solamente descripcion, ò nomina de bienes, sin observar con rigor las solemnidades legales; por lo que se diferencian no solo en quanto à estas, sino en el nombre, bien que convienen en el fin, el qual tiene su tendencia à que se conozca qué bienes, de qué clase, precio, peso, y medida existen, y se administran, y han de dividir, y entregar. (6)

4 Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto, y ante su Juez, aunque todos sus bienes no estén en un Pueblo, sino en diversos, pues una vez inchoado, y radicado el juicio, debe à instancia del he-

re-

(1) Ley final, §. Sin autem dubius, Cod. de Jure deliberand. Ley Si quis contra, Cod. de Bonis proscriptor. Cancer. part. 3. Va iar. cap. 2. n. 34. Roland. de Invent. quæst. 5.

(2) Valasc. ibi, n. 2. Morquech. de Division. bonor. lib. cap. y n. 1. Guerreir. de Inventar. lib. y cap. 1. n. 6.

(3) Dicha ley final, §. Cum igitur 1. Cod. de Jure deliberand. Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 7.

(4) Cap. 11. y 12. de Probation. Barbos. in cap. 5. n. 4. eod. tit. in cap. 23. n. 8. de Election. & in leg. Maritum, ff. Solut. matrimon. Hermosill. en la ley 9. tit. 1. Partid. 5. glos. 5. n. 9. Guerreir. ibi n. 8.

(5) Ley ultim. Cod. de Jure deliberand. y ley Tutores, 24. Cod. de Administrat. tutor.

(6) Baez. de Decima tutori, cap. 2. n. 41. Señor Molin. de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 15. n. 33. Gutierr. de Tutel. part. 2. cap. 1. Guerreir. de Inventar. lib. y cap. 1. dichos n. 14. al 19.

redero expedir requisitoria à las Justicias, en cuyo territorio existan, à fin de que los inventaríen, y tasen: y hecho, le remitan originales las diligencias obradas, para unirlas à las principiadas en su Juzgado, (1) lo qual se entiende, aunque fallezca fuera de su domicilio; (2) pues este acaso no puede privar à su Juez de conocer de su Testamentaría como competente, y no otro alguno.

5 Si el difunto tenia dos domicilios sujetos à un solo Principe, pertenece la confeccion del inventario al del Pueblo en que fallezca, porque este Juez no solo por razon del domicilio, sino de su muerte, es competente. (3) Pero si teniendo dos domicilios muere fuera de ellos, debe conocer del inventario, y continuarlo el Juez de los dos que lo prevenga: (4) à excepcion de que la desigualdad del domicilio sea muy considerable, pues en este caso pertenece hacerlo al de el en donde vivia la mayor parte del año. (5)

6 Pero se dificulta quál ha de ser el Juez del domicilio del difunto, si el Eclesiastico, ò el Secular. A cuya dificultad respondo, que siendo instituidos por el lego varios herederos, y uno, ò mas de ellos Clerigo, se debe hacer el inventario ante el Juez secular, por orden del qual ha de ser citado como los legos para él; y la razon es, porque esta citacion no lo es propiamente, sino un mero aviso, para que como interesado, y actor à parte, y porcion de la herencia, comparezca si quisiere à usar de su

(1) Guid. de Forma inventar. n. 25. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 133. Guerreir. eod. tit. cap. 3. n. 1. al 5.

(2) Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §.4. n. 21. y 29. Guerreir. ibi n. 5.

(3) Oliva de Foro Ecclesiæ, part. 3. quæst. 18. Pegas ad Rubr. ordinat. lib. 2. tit. 56. n. 7. Guerreir. ubi proxime n. 24.

(4) Arouca allegat. 7. n. 4. Oliv. ibi quæst. 33.

(5) Oliv. dicha q. 18. Guerreir. dicho cap. 3. n. 25. y 26.

su derecho: ni arguye, ni supone superioridad; y asi ni le apremia à ello, ni por no comparecer incurre en contumacia, ni se anula el acto. (1) Y en la succesion de el Lego al Clerigo, ya sea por institucion, ò abintestato, como tambien en la apertura, y publicacion de su testamento, è insinuacion de la donacion se ha de proceder ante el Juez Secular; y la razon es, porque la qualidad Eclesiastica como personal dura unicamente en los bienes del Clerigo mientras vive; pero una vez muerto espira con su persona, y la herencia por su adiccion pierde el nombre del que la dexó, y toma el del aceptante, de cuyo patrimonio se constituye; por lo que se ha de tratar ante el Juez Secular. (2)

7 Y si el testador, y su heredero son Clerigos, ò el Clerigo lo es del Lego; digo que la publicacion, y apertura del testamento cerrado, y la insinuacion de la donacion en que el Clerigo es instituido heredero de Lego, ò donatario suyo, se deben hacer ante el Juez Secular como competente, (3) segun senté en mi primera parte capitulo 1. §. 25. n. 257. y cap. 3. §. 1. n. 9. y la tutela legitima, y curaduría de la persona, y bienes de menores legos que se confiere al Clerigo su pariente, ha de ser discernida ante él mismo, (4) y por consiguiente dada la cuenta de ella ante él: lo que al contrario la de menores Clerigos que se encarga al Lego, se ha de discernir por el

(1) Señor Covarr. Pract. cap. 31. Señor Salg. Labir. creditor. part. 1. cap. 2. n. 49. Cur. Philip. illustr. Tom. 1. part. 1. §. 5. n. 28.

(2) Señor Salg. ibi. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. quæst. 5. n. 337. Sarmient. de Reddit. b. part. 4. cap. 1. n. 8. Lasart. de Decim. cap. 19. n. 44. Cur. Philip. ibi. num. 26.

(3) Ley 15. tit. 4 lib. 5. Recop. y ley 9. tit. 4. Partid. 5. Señor Covarr. Pract. cap. 8. Carlev. ibi. n. 332.

(4) Ley 45. tit. 6. Partid. 1. verbo: E como quier; y ley 14. verb. Mas los otros Clerigos tit. 16. Partid. 6.

el Juez Eclesiastico, y por él mismo aprobar la cuenta; (1) pero el inventario de bienes en que el Clerigo succede al Lego, ò à otro Clerigo, ya sea por institucion, ò abintestato, como pariente mas propinquo, ò es instituido lugar pio, se ha de practicar ante el Eclesiastico: (2) y la razon es, porque ya se trata de interés de Clerigo, y cosa Eclesiastica, y por la aceptacion de la herencia se constituyen suyos los bienes, y pierden el nombre, y privilegio del sugeto de quien fueron.

8 Todo lo explicado en el numero inmediato acerca del inventario de bienes de Clerigo, ò del Lego que dexa à Clerigo, lugar pio, ò Comunidad Eclesiastica por sus herederos, es conforme al dictamen de los Autores que fundados en la razon expuesta à su final, lo han concebido asi; (bien que algunos dudando de su opinion, dicen que se esté à la costumbre del Pueblo) pero hoy está resuelto por Real Cedula de 13. de Junio de 1775. y mandado que los Jueces Eclesiasticos no conozcan de nulidad de testamentos, è inventarios, sequestros, y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por Eclesiasticos, y algunos de los herederos, ò legatarios sean Comunidades, ò persona Eclesiastica; cuya Cedula se comunicó de orden del Consejo à las Chancillerías, y Audiencias de las Provincias del Reyno, hablando peculiarmente con cada una. Y para que las personas particulares no dexen de usar de su derecho, è introducir en las respectivas Chancillerías, y Audiencias competentes los

(1) Señor Gregor. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 16. Partid. 6. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 49. n. 5. Pharuc. de Inventar. quæst. 240. n. 25. Carleval ibi. n. 345. al 347. Curia Philip. part. 1. Judicio Civil. § 5. n. 30.

(2) Roland. de Inventar. part. 2. quæst. 17. n. 1. Gutier. dicha quæst 49. n. 1. y 2. Acev. en la ley 15. tit 4. lib. 5. Recop. n. 4. y 9. Carleval ibi. n. 337.

los recursos congruentes de fuerza en conocer, y proceder, si se entrometiesen los Jueces Eclesiasticos en su conocimiento, à causa tal vez de ignorar esta Real decision, ni sean molestadas, y sacadas de su fuero; tengo por util, y aun preciso insertarla aqui, y à la letra dice: = *EL REY. A vos, &c. sabed: Que por Don Juan Bautista Nardiz, vecino de la Villa de Berméo, en el Señorío de Vizcaya, se me representó, que Doña Maria Ana, y Doña Maria Antonia Nardiz, hermanas; la primera casada con Don Josef de Lorra, Sindico del Convento de San Francisco de la referida Villa: y la segunda que vivia en su compañia en estado honesto, otorgaron con el expresado Don Josef, à influxo del Guardian del mencionado Convento, y de otro Religioso que era Confesor de la Doña Maria Ana, testamento con fecha de 20. de Marzo de 1721, en el que dispusieron de todos sus bienes à favor del Convento con titulo de fundacion de Misas rezadas, y que nombrasen Administrador de los referidos bienes el Guardian, y discretos del Convento, teniendo aquel un voto, y estos otro; que los causantes de Nardiz noticiosos de lo que pasaba, luego que falleció la Doña Maria Antonia, acudieron ante la Justicia Ordinaria de la expresada Villa de Berméo, pidiendo se declarasen nulas sus disposiciones, y la de Doña Maria Ana, y se les declarase por herederos abintestato; pero el Administrador Don Juan Bautista de Arteaga recurrió al Ordinario Eclesiastico de Calahorra, y consiguió que inhibiese à la Justicia Real, y aunque llevados alli los Autos, declinaron la jurisdicion ordinaria, sustanciado el articulo, se declaró Juez competente, è introducida la fuerza en la Real Chancillería de Valladolid, declaró que no la hacia el Juez Eclesiastico en conocer, y proceder en dicha causa; lo qual ha sido origen de los graves perjuicios, è imponderá-*

rables dispendios que despues se han seguido à la familia del referido Nardiz, que por necesidad se sujetó à la jurisdicion Eclesiastica: Que sin embargo de que probaron en la primera instancia no solo las persecuciones de los Frayles de aquel Convento, Guardian, y Confesor, sino las amenazas, y malos tratamientos que Don Josef de Lorra hizo à su muger para obligarla à hacer aquella disposicion, como tambien las sugestiones que intervinieron para que accediese à ella su hermana Doña Maria Antonia, la qual vivió miserablemente baxo la opresion de los Frayles que la aterraban con el juramento que tenia hecho de no revocar el testamento, à lo que habia manifestado sus deseos; el Ordinario Eclesiastico habia declarado válidas las disposiciones, y que llevados los Autos al Tribunal de la Nunciatura despues de diferentes sentencias dadas en ellos revocatorias unas de otras, ultimamente habia recaído Executoria de tres conformes, declarando válidas dichas disposiciones; y exponiendo por menor la resistencia de estas con lo dispuesto en las Leyes del Reyno, y Autos acordados, la injusticia de dichas determinaciones segun lo que resulta justificado en Autos, y la nulidad del Auto de fuerza de la Real Chancillería que ha sido el motivo de tantos perjuicios, y con que ha quedado arruinada esta familia; me suplicó fuese servido mandar que el mi Consejo hiciese traer los Autos que se hallaban en la Secretaría de Breves de la Nunciatura, y resultando por ellos que es negocio que toca à la jurisdicion Real, emplazar à las partes, y con su Audiencia se determinen en él por los mismos Autos; coadyuvando el derecho de dicho Don Juan Bautista Nardiz el mi Fiscal, atendiendo à las dilaciones, y mayores gastos que se ocasionarian de remitirlos à la Justicia Ordinaria donde tuvieron su principio, ò à la Chancillería; y habiendo sido servido de remi-

mitir al mi Consejo la citada representacion, para que me consultase sobre su contenido, y súplica quanto se le ofreciese, y pareciese; vista en él con los antecedentes que se citan, y se mandaron entregar ad effectum videndi, *teniendo presente lo expuesto sobre todo por el mi Fiscal en Consulta de* 22. *de Marzo de este año, me hizo presente su parecer, y por mi Real deliberacion à ella, que fue publicada en él, y mandada cumplir en* 11. *de Mayo proximo antecedente, entre otras cosas he venido en declarar que el conocimiento de la nulidad, ò validacion de los Testamentos, y Codicilos otorgados à nombre de Don Josef de Lorra, y su muger Doña Maria Ana de Nardiz, y de Doña Maria Antonia su hermana, corresponde à la Justicia Real, y que se retengan los Autos en el mi Consejo en donde toca su conocimiento, por ser las citadas disposiciones notoriamente contra el Auto acordado* 3. *tit.* 10. *lib.* 5. *de la Recop. y para execucion de lo demás resuelto he acordado expedir esta mi Cedula: Por la qual os hago la mas séria advertencia para que en adelante no permitais, que los Tribunales Eclesiasticos tomen semejantes conocimientos de nulidad de testamentos, inventario, sequestro, y administracion de bienes, ni en iguales juicios Reales en que todos son actores, aunque se hayan otorgado por personas Eclesiasticas, y algunos de los herederos, ò legatarios sean Comunidades, ò persona Eclesiastica, pues todos como verdaderos actores al todo, ò parte de la herencia que siempre se compone de bienes temporales, y profanos, deben acudir ante las Justicias Reales Ordinarias por ser además de las razones expuestas la testamentifaccion activa civil sujeta à las Leyes Reales sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las Leyes prescripta la forma de su otorgamiento; y mando que los recursos de esta naturaleza se pasen à mis Fis-*

Fiscales residentes en esa Audiencia para que defiendan la jurisdicion Real con el zelo, y doctrina que deben por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo de los casos en que la vieren atropellada; y quiero que esta mi Real Cedula se lea en el Acuerdo pleno con la asistencia precisa del Regente, y de los Fiscales, y se coloque en el Archivo; repitiendo su lectura en el primer dia de Tribunal del mes de Enero de cada año, para que no se olvide su puntual observancia por lo mucho que importa escusar à los Vasallos el ser fatigados con sacarlos à litigar de sus propios Jueces, à cuyo fin dareis las ordenes, y providencias que convengan; que asi es mi voluntad. Dada en Aranjuez à 13. de Junio de 1775. = YO EL REY. = Por mandado del Rey nuestro Señor Don Josef Ignacio de Goyeneche.

9 Por el inventario se presume que todos los bienes en él contenidos fueron de aquel, por cuya muerte se hizo. (1) Pero esto se entiende solamente contra el que los puso, ò mandó poner, contra el qual prueba de tal suerte, que aunque él, ò su heredero alegnen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oídos, porque se juzga que el que lo hizo, los donó à aquellos, à cuyo favor se hizo: y asi no se admite prueba en contrario: (2) y la razon es, porque por el hecho de inventariarlos, es visto confesar haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió, y no puede ir contra su propia confesion; (3) pues es indubitable que ésta siendo hecha con cierta

(1) Ley fin. Cod. Arbitrium tutelæ, ley Chirographi, ff. de Administrat. tutor. Menoch. præsumpt. 97. lib. 6. Ciriac. controvers. 25. n. 60

(2) Plot. de In litem jurand. §. 5. n. 28 Borgin. de Tutorib. n 65. y 66. Alt. dects. 13. n. 1. y 40. Morquech. lib. y cap. 1. dichos n 4.

(3) Dicha ley fin. Cod. Arbitrium tutelæ.

ta ciencia, induce donacion. (1)

10 Se limita lo expuesto en cinco casos. El primero, quando el que puso sus cosas en el inventario, porque se hallaban entre las del difunto, protestó al instante que eran suyas. (2) El segundo, quando los bienes suyos que inventarió, son inmuebles, pues no es visto haberlos donado; ò quando se acredita lo contrario por vista ocular que supera à otras pruebas. (3) El tercero, quando implora el beneficio de la restitucion, pues se le ha de subvenir por haberlos inventariado inconsiderada, è imprudentemente. (4) El quarto, quando consta haber errado en la confeccion del inventario, y hubo causa justa para haber cometido el error, pues debe ser restituido como si fuera menor, porque la presuncion, aunque sea *juris*, *& de jure*, admite prueba en contrario. (5) Y el quinto, quando por instrumentos legitimos, y vista ocular califica no ser tantos los bienes, quantos los inventariados, y que por lo mismo se deben separar del inventario. (6)

11 Contra tercero jamás prueba: y asi siempre que haga constar que algunos de los bienes en el inventario contenidos, son suyos, se le deben entregar, porque como no presenció su confeccion, ni fue citado para ella, no

(1) Ley Cujus per errorem, ff. de Regul. jur. ley Si aliqua rem, ff. de Acquirend. posses. y ley Cum quis, Cod. de Juris, & facti ignorant.

(2) Rota in Antiquis, tit. de Donation. inter vir. & uxor decis. 1. n. fin. Ciriac. controvers. 25. per tot. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap 4. n. 11.

(3) Morquech. ibi. n. 42. Ciriac. ibi. n. 5. Guerreir. dicho cap. 4. n. 13. y 14.

(4) Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 11. n 48. Menoch. præsumpt. 97. dicha, Guerreir. ibi. n. 16.

(5) Valasc. consult. 52. n. 11. Morquech. ibi. n. 44. Felin. in cap. Quando, de Præsumpt. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 103. Guerreir. ibi. n. 17. al 19.

(6) Ciriac. controvers. 25. y n. 5. dichos, Gutier. ubi proxime, Guerreir. ibi. n. 20. y 21. Menoch. ibi.

no le debe perjudicar la confesion voluntaria, y errónea, ò maliciosa que hizo el heredero, ò el que lo formalizó: (1) al modo que los libros de cuenta, y razon que alguno tiene en su poder, pues hacen fé contra él, como el inventario, mas no contra tercero. (2)

12 ¿Se duda si el heredero, ò el que formalizó el inventario podrán contravenir, ò reclamar la declaracion del difunto, en la que al tiempo de morir afirmó dexaba tales bienes, (nombrandolos) ò si esta declaracion induce prueba contra ellos, de modo que no sean admitidos para redarguir al Testador de haber padecido equivocacion, ò exceuido en su asercion? Y parece que no, porque el heredero que formalizó el inventario, debe observar el hecho de su causante, como regularmente está obligado. (3)

13 Mas no obstante, se ha de distinguir de casos. Si la reclamacion del heredero es por el derecho que le compete por su propia persona (v. g. por haber enagenado alguna cosa suya el difunto) puede impugnarlo legitimamente. (4) Si es por el que le compete por la del difunto, no, pues debe observarlo: bien que algunos (5) afirman que en ambos casos está obligado indistintamente à su observancia en quanto percibe del lucro de la herencia. Si hizo, ò declaró alguna cosa segun, y conforme à derecho, tie-

(1) Bart. in leg. Tutor. cit. Capic. decis. 107. Bursat. consil. 9. Valasc. ibi. n. 12. 14. y 15. Menoch. præsumpt. 26. dicho lib. 6. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 7.

(2) Ley fin. tit. 18. Partid. 3. ley Rationes: y ley Exemplo, Cod. de Probation. Escobar de Ratiocin. cap. 11. Ric. part. 7. collect. 2817. Surd. decis. 199. Menoch. præsumpt. 63. lib. 3. Vela disertat. 38 n. 5. y 27 Ciriac. ibi n. 6.

(3) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindication. y ley Filios, ff. de Liberal. caus.

(4) Ley fin. Cod. de Eviction.

(5) Valasc. consult. 52 cit. n. 44. Pinel. in leg. 1. part. 3. Cod. de Bonis matern. Gutrerr. de Inventar. lib. 1. cap. 4. n. 34. al 36.

tiene igual obligacion, à menos que pruebe haberlo hecho, ò declarado con error manifiesto. (1) Y si fue contra derecho, puede impugnarlo al modo que el mismo difunto podria. (2)

14 Para que el inventario solemne de bienes de difunto pruebe, sea válido, y produzca los sesenta y ocho efectos que recopila *Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. fin.* y omito à beneficio de la brevedad, son precisos segun derecho antiguo varios requisitos. El primero, que se cite no solamente à los herederos, sino à los legatarios, y acreedores ciertos, y acada uno particular, ò singularmente en sus personas, pudiendo ser habidos, por si quieren presenciar à su confeccion, y estando ausentes en parage, de donde puedan venir, por requisitoria; pero si se ignora su paradero, por edictos, ò proclamas; y que en la citacion se pongan el dia, mes, año, y hora. (3) Y la razon es, porque los acreedores pueden pedir (al modo que otro qualquiera interesado) la confeccion del inventario; y para que qualquiera acto sea válido, debe ser hecho con presencia, ò citacion de todos aquellos, à quienes de él puede resultar utilidad, ò daño, pues de otra suerte no les perjudica. (4)

15 Pero hoy no se practíca regularmente en estos Rey-

(1) Gutier. de Gavel. part. 2. cap. 1. n. 103.

(2) Ley Quem admodum, & ibi. Bart. & Bald. Cod. de Agricol. y ley 1 Cod. de Prædiis minor. Sord. consil 237 n. 21. lib 2. Pinel. in dict. leg. 1. part. 3 Negarol allegat. 19. n. 29. 98 y 107. y allegat. 26. n. 70.

(3) Ley ultim. Cod. de Jure deliberand. verb. Cæterorum, & ibi glos. y ley 5. tit. 6. Partid. 6. Authent. de Hæredibus, & falcidia cap. Hinc nobis, collat. novel. y tit. 1. Jason in dict. leg ultim. Cancer. part. 3 Var cap. 2 n 65. y seq. Valasc. dicha consult 52. n. 21 Monoch. lib. y cap 1 n 7.

(4) Ley Nemo ita Divus, ff de Adoptiv. y ley De uno quoque, ff. de Re judicat. cap Quod omnes tangit de Regul. jur. in 6. Pegas ad Ordinat. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 59.

Reynos de Castilla esta legal disposicion en quanto à citar à los acreedores, ni legatarios: lo primero, porque está en su arbitrio redarguir de diminuto el inventario siempre que averiguen haberse omitido incluir en él algunos bienes, pues no les daña, respecto no han sido citados: (1) y lo segundo, porque habiendo bienes que partir, no se les puede irrogar perjuicio, pues antes que se haga la division se deducen (como se debe) los creditos contra el caudal, por no haber, ni llamarse herencia sino el residuo, segun diré en el cap. 3. de este libro; por cuyas razones se cita solamente à la viuda, y herederos entre quienes se ha de hacer la particion, à los quales es preciso citar siendo posible, lo uno, porque lo que à todos toca, por todos se debe aprobar; (2) lo otro, porque sin la citacion ningun conocimiento de causa puede haber; (3) y lo otro, porque el juicio divisorio, ò *familiæ erciscundæ* no puede hacerse en parte, ni mas que una vez. (4)

16 El segundo requisito es, que se haga ante personas públicas, que son Juez, y Escribano; (5) pero de necesidad no se requiere la presencia del Juez, basta la del Escribano; (6) lo qual se observa en esta Corte precediendo Auto de Juez, y concurriendo à su confeccion los mismos

(1) Parlador. lib. 2. Rer. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 8. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 66. Bart. in leg. Tutor. qui repertorium cit. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 6. n. 25.

(2) Dicho cap. Quod omnes tangit, y ley In hoc judicio 27. ff. Familiæ erciscund.

(3) Ley In causæ cognitione 13 vers. causa enim cognita, ff. de Minorib. ley Bona autem, §. Si causa cognita 8. ff. de Bonor. posses. & ibi. glos. & Bart.

(4) Ley Si filia nupta, §. fin. ff. Familiæ erciscund. y ley. 1. & ibi. DD. Cod. eod. tit. Valasc. de Partition. cap. 7. n. 2. y 3.

(5) Ley de Creationibus, Cod. de Episcop. audiend. glos. in leg. Tutor, ff. de Administr. tutor.

(6) Valasc. de Partition. cap. 8. n. 7. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 4. Morquech. lib. y cap. 1. n. 8. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 8. n. 2. y 4.

mos interesados, ò al menos siendo citados éstos, porque ninguna ley nuestra lo manda, ni las 99. y 100. tit. 18. Partid. 3. que prescriben la forma de estender el inventario por los herederos, y por el tutor, ni la 5. tit. 6. Partid. 6. hablan de semejante cosa: por lo que reconociendo el Consejo que à mas de no ser del caso la presencia judicial, se irrogaban perjuicios à los menores, y ausentes; que en el de querer ocultar algunos bienes el heredero presente, ò el tutor, nadie se lo puede impedir, por mas que el Juez se desvele en precaver la ocultacion; que los menores, y ausentes pueden deducirla despues, si la verifican; y que la asistencia del Juez ningun vigor dá al inventario, antes bien causa desfalco à los interesados, por mas que la ambicion de algunos quiera aparentar que se dirige à evitar extravío del caudal: (pues no es otra cosa que un colorido para engrosarse, disfrazado, y cohonestado con el titulo de zelo, y cuidado de conservarles su hacienda) Mandó sábia, y justisimamente por el capitulo 5. del Arancel dado à los Tenientes de Corregidor de esta Villa en 11. de Abril de 1768. que solo asistiesen à inventarios, y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que hubiese que recontar porcion de dinero, ò inventariar alhajas preciosas, para lo qual se consideraban bastantes dos dias, y no à los demás inventarios, tasas, ni almonedas, por no ser necesaria su asistencia, y bastar la de los interesados; y siendo menores, ò estando ausentes, la de sus tutores, curadores, y defensores; y el capitulo à la letra dice: *Los Tenientes solo asistan à inventarios, y tasaciones de bienes de testamentarías en los casos que haya que recontar dinero, ò inventariar bienes, y alhajas preciosas, para lo qual se considera que bastan dos dias: y en estos casos solo puedan llevar treinta reales por mañana, y otros tantos por la tarde. En los demás in-*

inventarios, tasas, y almonedas no es necesaria la asistencia del Juez, pues basta la de los interesados: y siendolo menores, ò ausentes, la de sus tutores, curadores, y defensores por ellos. Cuyo precepto se dirigió à libertar à los interesados del crecido gravamen de derechos superfluos del Juez, y se debe observar en todo el Reyno, porque quando el Principe manda à algun Juez una cosa, es visto, y se entiende mandarla à todos los de sus dominios en igual caso, y circunstancias: y mucho mas si el testador ordena que no asista, y que solo el tutor testamentario que elige, lo haga à presencia del Escribano, y testigos; cuya práctica se observa como justa en Aragon, y Valencia, segun afirma Colon en su Instruccion de Escribanos, lib. 3. cap. 3. Tom. 2.

17 El tercero es, que se inventaríen todos los bienes que dexó el difunto: y del modo de practicarlo trata la ley 7. Cod. *de Bonis proscriptorum*, cuyo literal tenor dice: *Si quis intra Provinciam pro qualitate delicti stilum proscriptionis incurrerit, per ordinarii officii solicitudinem bonorum ejus indago diligentissime celebretur, ne quid rei privatæ commodis per gratiam, atque colludium furto subducatur: & plena descriptio comprehendat quod spatium, & quod sit ruris ingenium, quid aut incultum sit, aut colatur, quid in vineis, olivetis, aratoriis pascuis, sylvis fuerit inventum: quæ etiam gratia, & quæ amœnitas sit locorum: quis in ædificiis, ac possessionibus sit ornatus: quotvè mancipia imprædiis occupatis, vel urbana, vel rustica, vel quarum artium generibus imbuta teneantur: quot sint censuarii, vel coloni: quot boum exercitiis terrarum, atque vomeribus instruentium: quot pecorum, & armentorum greges, & in qua diversitate numerati sint: quantum auri, & argenti, & vestium ac monilium, vel in specie, vel in pondere, & in quibus speciebus, quidvè in apothecis sit repertum:*

tum: tunc demum omnia ea, quæ velle nos perspicis inquisitione constricta rationalis rei privatæ tradentur officio, aut Palatinis super hac causa missis nostro nectenda patrimonio. Mox vero ad nos sub litteris publici judicis sigillatim de omnibus nominatimque referatur, proculdubio negligentia multanda. Nam siquid post factam à prædicto officio investigationem rationalis rei privatæ, cui inquisitio secunda mandata est, amplius fortassis invenerit, officium fraudulentum ea condemnatione feriatur, ut aliud tantum quantum fuerit substractum, ex propriis facultatibus inferat. Esta ley prescribe qué bienes deben inventariarse: y aunque habla de los proscriptos, ò condenados por delitos que se confiscan, se debe observar lo propio en los de otro qualquiera, porque milita igual razon que en el inventario de los confiscados: (1) y quando versa la misma en un caso que en otro, se debe ampliar à todos la legal disposicion, y atender mas à ella que à lo material de sus palabras, y caso de que trata. (2)

18 De la ley inserta se prueba, que en el inventario se deben poner por clases separadas, y por menor todos los bienes libres, muebles, raices, y semovientes que el difunto haya dexado, y le pertenezcan no solo en el Pueblo de su domicilio, y fallecimiento, sino en otros qualesquiera de dentro, y fuera del Reyno, y Provincia, con distincion, y separacion de cada cosa, especie, y cantidad, è individuales señales de peso, medida, hechura, color, calidad, sexo, edad, linderos, y demás correspondientes, segun sean los bienes: pues faltando esta claridad, y especificacion, y haciendolo obscuramente, es nulo,

(1) Bart. in dict. leg. Tutor. qui repertorium 7. n. 12. Valasc. consult. dicta, n. 1. y de Partitionib. cap. 8. n. 8 Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 34. y 35.

(2) Ley Cum pater, §. Dulcissimis, ff. de legat. 2. Guerreir. de Inventar. cap. 10. n. 3. al 5. y n. 53. al 85. lib. 1.

lo, porque es lo mismo que no haberlo hecho, respecto no puede servir para el fin à que se dirige: (1) por lo que no aprovecha al que no lo formaliza con la claridad, pureza, y rectitud que debe: (2) y sin embargo de que algunos inventarían indistintamente por piezas los que en cada una existen; no debe observarse, porque es confusion para hacer la division, y saber à quánto ascienden los de cada clase: y asi los de cada una se han de poner juntos, aunque estén en diversos lugares, y piezas, como en esta Corte se practíca.

19 Se han de inventariar en igual forma los instrumentos, libros, y papeles concernientes à la herencia, y los censos, efectos, juros, derechos, y acciones libres; previniendo, que los libros, y papeles tocantes à los bienes hereditarios, deben quedar depositados en poder del inventariante, para que no padezcan extravío, ni los interesados en ellos experimenten perjuicio. (3)

20 Tambien se deben inventariar las deudas puras, condicionales, ò à dia cierto, que el testador tenia à su favor, ò contra sí, y el debito del mismo heredero; (4) en

(1) Ley Ea, quæ ff. de Contrahend. emption. ley Julianus, §. Idem Julianus: y ley Quæro, ff. de Action. empti, ley Quod venditor, ff. de Dolo, y ley Si quis venditor, ff. de Ædilitio edict. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 9. n. 1. y 2. cap. 10. n. 6. y cap. 11. n. 2. al 4.

(2) Barbos. in Authent. Sicut alienatio, Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 34. y 35. y lib. 3. vot. 126. Antunez Portugal de Donation. reg. part. 3. cap. 19. n. 27. Valasc. dicha consult. n. 10. Guerreir. dicho cap. 9. n. cit.

(3) Ley fin. al princip. ff. de Requirend. reis, y ley 1. §. penult. ff. de Ventre in posses. mittend. Sr. Poler. de Decoct. tit. 3. quæst. 1. n. 8. y 9. Pegas dicho §. 4. n. 321.

(4) Ley Ea, quæ Cod. Familiæ erciscund. ley Cum ad præsens 37. Respiciendum 38. y Itaque 39. ff. de Reb. credit. ley Conditio 100. y ley Si ita stipulatus 120. ff. de Verbor. obligation. y ley Institutio talis 10. §. fin. ff. de Conditionib. institution. Cancer. dicho cap. 2. n. 41. Bart. in dict. leg. Tutor. n. 10. Guerreir. dicho cap. 10. n. 7. 19. 20. 53. 54. y 127.

en cuyas deudas se incluye lo que las Hermandades que tenia el difunto, debian pagarle por socorros, lutos, enfermedad, y otras cosas segun sus Constituciones, y satisfacieron à sus herederos, ò viuda, pues todo es caudal suyo que lo tenia anticipado en vida, y asi es divisible entre todos, y no toca al legatario del quinto, ni à otro en particular. Y aunque algunos dicen que de las deudas à favor no se debe hacer inventario, à menos que consten por instrumentos, ù otras pruebas legitimas: (1) ni tampoco de las en contra, excepto que sean liquidas, porque siguen la naturaleza de la obligacion, y requieren mayor conocimiento, el qual no toca al juicio de particion, que es sumario: (2) no se sigue esta opinion, pues unas, y otras se ponen por via de declaracion con su respectiva qualidad al final del inventario, ya haya, ò no instrumento que las acredite: las primeras, porque de omitirse, se dá lugar à ocultacion, y no se puede intentar su cobro por la ignorancia, ni aprovechan à los participes en la herencia: y las segundas, para deducirse de esta en caso que se verifiquen, antes de proceder à la division, y no irrogar à los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su accion por su importe à prorrata contra cada heredero despues de hecha. A mas de que la ley 100. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar el inventario, habla indistintamente, segun se prueba de su contexto, ibi: *E primeramente otorgó, è vino conociendo que habia fallado en los bienes de su padre el finado tantas cosas muebles, è tantas raices, è tantas debdas quel debian, ò quel de-*

(1) Surd. decis. 222. n. 9. Valasc. dicha consult. 52. n. 10. y de Partitionib. cap. 8. n. 12. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 90. y 91. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 4. Cancer. ibi. n. 39.

(2) Fragos. de Regimin. reipublic. part. 3. lib. 5 disp. 8. §. 8. n. 59. Guerrer. de Divis. lib. 6. cap. 13. n. 4. al 9.

debia, nombrando todas estas cosas quantas son, è quales: E otrosi quien son los debdores, è quantas son las cartas de las deudas, è por qual Escribano fueron hechas. Pero si alguno de los interesados negare el debito, bastará su negativa para impedir su deduccion, aunque el que formalizó el inventario lo haya confesado. (1)

21 Igualmente se deben inventariar las cosas litigiosas con esta qualidad: pero no dividirse hasta que se declare si pertenecen, ò no à la herencia. (2) Tambien se deben inventariar las agenas, que al tiempo de la muerte del testador se encuentran entre las de éste: ya las tenga en deposito, commodato, ò prenda, para que no se pierdan, ni extravíen, y evitar que à sus dueños se haga fraude. (3) Lo qual se entiende, excepto que éstos impidan que se inventaríen, (4) pues en este caso si piden que se les entreguen, y los herederos no niegan que sean suyas, basta que justifiquen sumariamente serlo; y si lo confiesan porque les consta, no hay para que hacer la justificacion; pero si alguno de ellos lo niega, es preciso que en via ordinaria acrediten pertenecerles. (5)

22 En los propios terminos se deben inventariar los frutos de los bienes libres, y vinculados del testador, ya sean naturales, v. g. trigo, vino, aceyte, y otros semejantes en que interviene, ò no la industria humana, ò civiles, v. g. reditos, pensiones, alquileres, arrendamientos de

(1) Surd. consil. 5. ex n. 22. al 30. Menoch. consil. 315. n. 53. Guerreir. dicho cap. 13. n. 7. y de Inventar. dicho cap. 10. n. 23.

(2) Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 236. Gracian. Discept. forens. cap. 333. n. 14. y 15. Guerreir. dicho cap. 10. n. 13. 66. y 67.

(3) Valasc. dicha consult. 52. n. 10. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 43. Pegas ibi. n. 319. Sr. Castill. de Tert. cap. 30. n. 29. y 30.

(4) Sr. Boler. de Decoction. debitor. tit. 5. quæst. 31. n. 14.

(5) Mendez de Castr. in Prax. part. 1. lib. 3. n. 57. Pegas ibi. n. 245. Guerreir. ibi. n. 15. y 16.

de tierras, viñas, olivares, censos, juros, efectos, oficios; y ya estén pendientes en las mismas fincas, ò vencidos; y asimismo las mejoras hechas en los bienes libres: pues todo aumenta su herencia; (1) y en quanto à las de los vinculados respecto no tocar parte alguna de ellas à la muger, hijos, ni herederos del poseedor difunto, segun la ley 46. de Toro, como explicaré en el cap. 4. §. 3. de este libro, conceptúo que será inutil el que se inventaríen: y asi no habrá obligacion de inventariarlas. Pero los frutos civiles, y naturales que no quedaron pendientes, y produxeron los bienes del muerto, ò del vivo mientras se evacuó la particion, no se han de inventariar despues, ni partir con este, ni con los herederos de aquel, porque son propios del dueño de las fincas, censos, y efectos que los rindieron; (2) excepto en los casos en que se verifique continuar tacitamente la sociedad conyugal, los que explicaré en dicho cap. 4. §. 4. de este libro.

23 Los vestidos de la muger, è hijos del difunto tambien se deben poner por inventario, excepto los quotidianos. Pero si su padre, ò marido les hubiese dado para este uso los preciosos, como suele suceder à los Magnates, ò Proceres, y ricos: ò en el Pueblo hubiere costumbre de que entre estas personas se tengan los adornos, y vestidos preciosos de la muger, è hijos del difunto por quotidianos, no se inventariarán, antes bien se estimarán como donados por éste en parte de alimentos, à que estaba obligado, y los harán suyos; (3) lo qual se practica en esta Corte con los vestidos, y joyas que las Grandes compran con lo que se las dá con titulo de alfileres, pues son su-

(1) Pegas dicho §. 4. n. 77. y 330. y 331. Guerreir. ibi. n. 79. y 80.

(2) Ayor. part. 1. cap. 6. n. 10.

(3) Surd de Alim tit. 4. quæst. 2. n. 20. Pegas dicho n. 77. y 78. Ciriac. controvers. 120. Guerreir. dicho cap. 10. n. 94. 104. y 105.

suyos privativamente, porque se pacta asi en los contratos nupciales, y hay esta costumbre: por lo que pueden disponer de ellos, y no se reputan de las testamentarías de sus maridos. Vease lo que explicaré en el cap. 6. de este lib. num. 55. acerca del vestido ordinario de la viuda.

24 El lecho quotidiano se debe inventariar con distincion, y especificacion de las cosas de que se compone: pues aunque sino hay acreedores, no se ha de dividir, porque toca al superstite, como diré en el cap. 6. de este lib. §. 3. sirve su descripcion para su especifica restitucion en el estado en que se halle, si se buelve à casar, segun expondré en dicho cap. 6. num. fin. y en caso de haberlos, para que no se dude si es el festivo, ò quotidiano, ò lo ha de llevar, ò no el superstite en perjuicio de ellos. (1)

25 Los bienes especificamente legados se deben inventariar, y tasar, aunque el legatario lo resista, no dudandose que son de la herencia, para ver si caben, ò no en el tercio, ò quinto, en caso de ser ascendientes, ò descendientes legitimos los herederos: ò si nada queda que heredar al extraño, para que saque la *quarta falcidia* en los casos en que por derecho se le permite, (2) de los quales traté en el cap. 1. §. 4. de mi primera parte, à donde remito al lector, por evitar repeticion.

26 Y ultimamente se deben inventariar los bienes dotales, parafernales, y hereditarios de la muger que existan entre los de su difunto marido, no para dividirlos entre los herederos de éste, sino para entregarlos à su tiempo

(1) Pegas ibi. §. 9. n. 77. y sig. Ayor. part 1. cap. 3. n. 40. Bayo Prax. Eccl. part 3. lib. 2. quæst. 89. n. 11. y quæst. 152. n. 16. y 21. Guerreir. dicho cap. 10. n. 109. y 110.

(2) Ayor. part. 1. cap. 3. n. 36. al fin. Valasc. de Partition. cap. 8. n. 51. vers. Si vero hæres: Guerreir. dicho cap. 10. n. 91. Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 64. y sig.

po à su viuda: (1) pues todos los que dexa el testador tienen la presuncion *juris*, *& de jure* de ser suyos, mientras no se pruebe lo contrario, (2) y como tales se deben inventariar, porque el juicio de inventario no es para otra cosa, y sí el de division, en el que se hace su separacion, y repartimiento como corresponde. Todo lo qual se observa en esta Corte, y debe observar como justo, y arreglado, *quidquid alii dicant.*

27 Pero es de advertir, que el Escribano no debe proceder en este inventario por inquisicion, ni apremio, como en el de la via executiva, y causa criminal, que es propiamente embargo dirigido à asegurar el debito, pena, y costas: sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante; pues si se verificase ocultacion, toca à los interesados el usar de la accion que les concede el derecho, para no ser perjudicados, de la qual trataré en el §. 4. de este capitulo; y todos los bienes se han de depositar en quien quieran los interesados por su cuenta, y riesgo, ò en el inventariante: lo qual es al contrario quando se procede por debito, ò delito, pues entonces el Alguacil ha de hacer el deposito en persona lega, llana, y abonada, como explicaré en el juicio executivo. Por la *ley* 99. que trata del inventario que hace el curador de los bienes de su menor, ni por la 100. *tit.* 18. *Part.* 3. que expresa el modo de hacer el de los bienes del difunto, ni por otra alguna, no se ordena que se depositen, por lo que se practica asi por costumbre; bien que si el heredero está ausente, y el difunto à nadie comisionó para su custodia, la debe hacer el Juez en persona abonada,

(1) Delben. dubit. 124. n. 1. y 3. Guerreir. ibi. n. 117.

(2) Socin. consil. 159. n. 1. vol. 2. Aflict. decis. 13. n. 1. y 40. Morquech. de Divis. lib. 1. y cap. 1. dichos n. 40. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 4. n. 5. y 6.

da, à fin de evitar su extravío, y entregarselos quando venga, ò à quien le represente.

28 Se ha de aumentar al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en algunas alhajas de la herencia, y el de las que tomó, y substrajo de ésta despues de la muerte del testador, si lo confiesa, ò por otro medio legal se acredita sumariamente, y adjudicarsele en vacío, ò entrada por salida, como si efectivamente se le entregára por el precio que valian antes de deteriorarlas. Y si lo niega, se inventariarán no obstante, como cosa dudosa, y aplicarán proporcionalmente à cada uno en la particion, para que perciba su parte en caso de que en el juicio plenario sea condenado. (1)

29 Pero si el heredero hizo el daño antes de fallecer el testador, no se ha de inventariar, ni hacer merito de él en el juicio divisorio, y sí usar de su derecho contra él los coherederos en el correspondiente, porque exige, y requiere mas prolixo examen, è investigacion; y en caso de que sea condenado à su resarcimiento, repartirán despues su importe entre todos en la forma expuesta, (2) sin que por esto esté detenida la evacuacion de la particion de los bienes efectivos.

30 Contienden muchas veces los herederos sobre si se han de inventariar, y dividir, ò no algunos bienes que existen entre los de la herencia: y para que no se dude lo que se debe practicar, digo que si por su confesion, ò por sumaria informacion que el Juez reciba de oficio, ò por sentencia consta que son agenos, ò de mayorazgo, ò su-

(1) Ley Incerti juris, Cod. Familiæ erciscundæ, & ibi DD. ley 1. § Si hæres percepto fundo, ff. ad Trebellian. Guerreir. de Inventar. dicho cap. 10. n. 86. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 37. Valasc. dicho cap. 8. n. 50.

(2) Dicha ley Incerti jur. y ley Et puto, §. Sed si dolo, ff. Familiæ erciscund. & ibi. DD.

sujetos à restitucion, no se deben inventariar, ni adjudicar en la particion al que afirma que son suyos, porque à este no pertenece el juicio *familiæ erciscundæ*, por no ser heredero, ni tener derecho à la herencia; por lo que se han de separar de ésta, y entregarse luego à su dueño. (1)

31 Si lo niegan, y no consta entonces por otro medio, se ha de reservar su derecho al pretendiente para otro juicio, porque requiere conocimiento, è indagacion mas plena: por lo que se inventariarán, y dividirán con la calidad de restituirlos los herederos al que dice ser su dueño, si por tal se le declarase. (2)

32 Y sino consta incontinenti si tocan, ò no à la herencia, porque unos herederos afirman, y otros niegan pertenecerla, se han de distinguir tres casos: El primero, quando los bienes se encuentran entre los del difunto, y éste los poseía como libres: en cuyo caso no solo se han de inventariar, sino dividir, porque segun están, se juzgan, (3) y para ello milita la poderosa razon legal de la posesion en que estaba el difunto. (4) Pero à los que lo contradicen se reservará su derecho, para que sobre su propiedad lo deduzcan en via ordinaria, porque exige mayor inspeccion, y conocimiento. (5) El segundo caso es,

(1) Ley Si qua, Cod. ley Si id quod: y ley Hæredes ejus, §. Quod pro emptore, ff. Familiæ erciscundæ, & ibi. DD. Ayor. ibi. n. 36. Valasc. ibi. n. 51. Guerreir. ibi. n. 88.

(2) Doctor. in leg. In hac actione 3. §. ibidem 13. ff. ad Exhibendum. In leg. Illa à quo, §. Si de Testamento, ff. ad Trebellian. & in leg. A Divo Pio, §. 4. ff. de Re judicat.

(3) Ley Item apud Labeon. §. Si quis, ff. de Injuriis, cap. 1. de Cleric. conjugat. in 6. Felin. consil. 15. col. 2.

(4) Cap. Consultationibus de Jure Patronat. cap. Cum olim, de Causa possesion.

(5) Valasc. cap. 8. y n. 51. dichos vers. Si vero non potuerit: Ayor. dicho n. 30. Guerreir. dicho cap. 10. n. 89. y 90.

es, quando no se duda haberlos poseído el difunto, y si solamente si los poseía como libres, vinculados, ò sujetos à restitucion, por afirmar algunos de los herederos que son libres, y otros vinculados; en cuyo caso se ha de recurrir à conjeturas: y si por algunas se prueba estar vinculados, y con ellas concurre la fama de haberlos poseído el difunto en este concepto, se han de inventariar, mas no estimar, ni dividir hasta que con previo, y maduro examen se decida sobre su libertad, ò sujecion; (1) de cuyas conjeturas trata *Pegas Forens. cap.* 4. *y* 6: y por no tocar al Contador lego su pericia, omito referirlas. Y el caso tercero es, quando de ningun modo aparece breve, y sumariamente, si los bienes de que se controvierte, son agenos, ò del difunto; en cuyo caso no se deben inventariar, ni dividir, antes bien prevalecerá la pretension del que afirma no ser de éste. (2)

33 El quarto requisito, que el inventario solemne debe contener, es, que se pongan en él como forma sustancial el dia, mes, año, y lugar en que se empieza, y concluye, al modo que en qualquiera instrumento público: y de lo contrario no vale; (3) y la razon es, porque la intencion del heredero se funda en el tiempo, y asi debe probarlo: y como para gozar del beneficio que la ley le concede por hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado, y concluido dentro del termino legal, no podrá hacer la prueba, si carece del dia, mes, y año, pues por ser éstos de esencia, y sustancia del inventario, se

(1) Guerreir. ibi. n. 92.

(2) Valasc. dicho cap. 8. n. 53. Guerreir. ibi. n. 93.

(3) Ley fin. §. Sin autem dubius, Cod. de Jure deliberand ley Optimam, Cod. de Contrahend. vel commitend. stipulation cap. Quoniam, de Probation. Rebuffd. d Inventar. part. 3. cap. 17 y 18. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 1. y 2.

se vicia, y anula, quando no consta de ellos, y es lo mismo que no haberlo formalizado, por lo que nada prueba. (1)

34 El quinto requisito tambien de forma del inventario es, que à su confeccion presencien tres testigos, en quienes concurran tres circunstancias: La primera, que sean varones de buena fama, y vecinos del Pueblo en que se formaliza, segun lo dice la ley 100. tit. 18. Partid. 3. cerca del fin, ibi: *E deben facer este inventario ante tres omes buenos, que sean vecinos del Lugar*: La segunda, que conozcan al heredero, ò inventariante, lo qual se prueba de la 5. tit. 6. Partid. 6. ibi: *Estonce debese facer tal escrito ante tres testigos que sean omes de buena fama, è à tales, que conozcan à los herederos*: y de la final, *Cod. de Jure deliberand.* §. *Sin autem dubius est*, al fin, ibi: *Testibus videlicet adsumendis, qui hæredem cognoscant*: Y la tercera, que vean lo que se inventaría, y oygan, y entiendan lo que se escribe, y sienta, y no lo uno sin lo otro; por lo que el ciego no puede ser testigo en el inventario. (2)

35 ¿Pero se duda, si valdrá el inventario, ò instrumento, en caso que los testigos lo impugnen? Para cuya resolucion se distinguen cinco casos: El primero, quando todos lo impugnan, pues entonces no vale, ni hace fé. (3)

El

(1) Ley Matrem, Cod de Probation. ley Cum qui, §. Publiciana, ff. de Publiciana in rem action. ley Cum actum, ff. de Negot gest. y dicho §. Sin autem, cap. Duobus: de Rescript. in 6. Mascard. de Probation. verb. Tempus, conclus. 1352. ex n. 1. al 33. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 7. n. 3. al 5.

(2) Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 1. al 14. Fluvio Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 10. per tot.

(3) Cald. de Emption. & venditione. cap. 6. n. 4. y consil. 24. ex n. 20. Valasc. consult. 93. Menoch. de Arbitr. cas. 105. Pacian. dicho lib. 1. cap. 48. n. 1. al 88. Guerreir. dicho cap. 6. n. 34.

El segundo, quando uno, ò dos lo impugnan, y tres, ò mas lo confirman: en cuyo caso es válido, asi el inventario como el instrumento; excepto que depongan que el contrato contenido en éste no fue hecho en el tiempo, y lugar que se menciona, porque los contrayentes, ò alguno de ellos existian en cierto Pueblo tan distante, que era moralmente imposible haberse hallado alli. (1) El tercero, quando en igual numero lo aprueban unos testigos, y lo reprueban otros, pues debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validacion del acto: (2) y mas credito se dá à los instrumentales que afirman, que à los que niegan. (3) El quarto, quando el testigo que reprueba el instrumento, fue puesto en él, sin requerirlo por necesidad, ò por precepto legal, pues este basta para enervar, ò destruir su fé, si los demás no deponen de positivo por él. (4) Y el quinto, quando algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan. si presenciaron, ò no à su celebracion, en cuyo caso no se debilita su fé, porque nada deponen contra él. (5) Sobre lo qual vease tambien lo que explicaré en el capitulo del juicio ordinario §. 7. lib. 3. de esta segunda parte.

36 El sexto requisito es, que el que hace el inventario lo subscriba, ò firme, y si no sabe, otro Escribano por él. Asi lo dicen dicha ley 100. al fin, ibi: *E en la fin*

(1) Parex. de Instrum. edition. Tom. 1. tit. 1. resolut. 3. §. 3. n. 15. Cald. dicho cap. 6. n. 4. y 8. Fermosin. in cap. Vergentis de Hæretic. alleg. 13. n. 10. Guerreir. ibi. n. 35. y 36.

(2) Ley Si pars 10. ff. de Inofficios. testam. cap. fin. de Re judicat. Cald. ibi. n. 5.

(3) Glos. in leg. Diem proferre, §. Si plures, ff. de Recept. arbitr. Fermosin. ibi. n. 15.

(4) Valasc. consult. 93. cit. Cald. ibi. n. 6. Guerreir. de Inventar. lib 2. cap. 6. n. 40.

(5) Menoch. de Arbitr. cas. 105. n. 31. Guerreir. ibi. n. 42. y 43. Cald. dicho n. 5. Valasc. consult. 183. n. 29.

fin del inventario debe escrebir el heredero que todas las cosas que son escritas en él, son verdaderas. E si non supiere escrebir, debelo escrebir por el otro Escribano Público, y la 5. tit. 6. Partid. 6. ibi: *E en la fin de tal carta debe escrebir el heredero de su mano, que todos los bienes del testador son escritos en este inventario lealmente, è que non fizo ningun engaño. E si por aventura él non supiere escrebir, debe rogar à alguno de los Escribanos Públicos que lo escriban en su logar ante dos testigos.* Lo que se practíca es, que el heredero, ò inventariante firma todos los dias con los interesados presentes el inventario, y tasacion de los bienes, ya se depositen, ò no en él; y si no sabe escribir, firma por él, y por los demás que tampoco saben, un testigo à su ruego como en qualquiera instrumento, y el Escribano de la comision autoriza el acto, sin que (ya los legatarios, ò todos los herederos estén, ò no presentes) intervenga mas Escribano, con lo qual queda firme el inventario: y asi no se observa la disposicion de las leyes insertas, por ser imposible en lugares, en que no hay mas que un Escribano, ò ninguno; cuya práctica como inmemorial, è inconcusa tiene fuerza de ley.

37 El septimo requisito es, que se principie, y concluya el inventario dentro del termino legal. Y por lo tocante al heredero debo advertir, que está obligado à principiarlo dentro de los treinta dias primeros siguientes à él, en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses (inclusos los treinta dias) si en el distrito del Pueblo del fallecimiento del testador existen los bienes de la herencia, pues hallandose algunos en otra jurisdicion, se le puede conceder un año à mas de los tres meses, como lo dice dicha ley 5. tit. 6. Partid. 6. ibi: *E deben comenzar à facer este inventario à treinta dias desque*

que sopieren que son herederos del finado, è han lo acabar fasta tres meses. Pero si todos los bienes de la herencia non fuesen en un lugar, estonce bien les pueden dar plazo de un año demás de los tres meses, para reconocerlos, è meterlos en escrito. Cuyo termino es continuo desde que empieza, y como designado por la ley perentorio, y no lo puede prorrogar el Juez, ni admitir restitucion contra él por la clausula general: *Si qua mihi justa esse causa videtur*, por lo que corre al enfermo, è impedido: (1) bien que si hubiese causa grave, y justo impedimento, podrá prorrogarlo, como algunos afirman. En esta Corte se suele principiar regularmente dentro del novenario, pero por principiarse fuera de él no se invalída, si se empieza, y concluye en el termino legal.

38 Para que corra el termino expresado, es preciso que el heredero acepte la herencia, pues antes de su adicion no corre: (2) por lo que si pide al Juez nueve meses para deliberar si la ha de aceptar, ò repudiar, ò al Principe un año, (que es el termino que respectivamente le pueden conceder (3) à este efecto) no le corre en su intermedio hasta que acepte: excepto que por dolo difiera su aceptacion, y espire el tiempo de aceptar, pues en este caso correrá, y le perjudicará, si dentro de él no lo formaliza. (4)

Lo

(1) Pereir. decis. 61. n. 9. Gamm. decis. 242. Valasc. consult. 52. n. 9. Cald. in leg. Si curatorem, verb. Læsis, Cod. de In integrum restitut. n. 45. Ciriac. controvers. 501.

(2) Valasc. ibi. n. 6. Conciol. de Hærede solvente debita defuncti, artic. 1. n. 406. Gracian. Discept. Forens. cap. 563. n. 28. Card. de Luc. in Theatr. verit. tit. de Hærede, discurs. 21. n. 5.

(3) Ley fin. §. Sed quia quidam, Cod. de Jure deliberand. y ley 2. tit. 6. Partid. 6.

(4) Roland. de Inventar. part. 3. quæst. 12. n. 1. Guerreir de Inventar. lib. 1. cap. 2. n. 25. y 26. Alderis. de Hæredib. tit. 10. ex. n. 128. al 139.

39 Lo que se practica para evitar dilaciones, y perjuicios, es, aceptar el heredero la herencia *con beneficio de inventario*: con cuya cautela no necesita pedir, ni gastar tiempo en deliberar si la ha de aceptar, ò repudiar, ni queda obligado *ultra vires hæreditarias* por deudas, ni legados, si hace el inventario en el termino, y con la escrupulosidad, y pureza legal, y no en otra forma; y la razon es, porque la adiccion con esta qualidad le constituye en el mismo estado que sino la hubiera aceptado, (1) y se contempla yacente la herencia, y al heredero por administrador de ella mas que por heredero. (2)

40 Se duda si despues de los nueve dias de la muerte del testador, y dentro del termino del inventario puede ser reconvenido el heredero por los legatarios, à fin de que les pague sus legados, y por los acreedores sobre la satisfaccion de sus creditos, porque en derecho se enquentran textos al parecer contrarios, pues unos (3) dicen que despues de los nueve dias pueden ser demandados acerca de los debitos, y acciones: y otros (4) que no sean molestados judicialmente por los acreedores, legatarios, y fideicomisarios dentro de los nueve dias, ni aun despues de pasados, durante la confeccion del inventario. Y conciliando estos textos los Autores, resuelven que los herederos pueden ser reconvenidos como tales por los acreedores del difunto pasados los nueve dias de su muerte:

(1) Ley fin. §. 'Et si per factam, Cod. de jure deliberand. & ibi. DD. Surd. consil. 305. n. 10. lib. 3. Gracian. Discept. Forens. cap. 998. n. 2.

(2) Roland. consil. 63. n. 56. lib. 4. Surd. decis. 92. n. 5. y decis. 310. n. 8. Sr. Salg. Labir. credit. part. 3. cap. 7. n. 20. Giurb. decis. 43. n. 25. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 8. ex n. 2. al 6.

(3) Authent. Ut cum, de Appellation. §. Sancimus, ley fin. tit. 13. Partid. 1. y ley 13. tit. 9. Partid. 7.

(4) Ley fin. §. Donec, Cod. de Jure deliberand. y ley 7. tit. 6. Partid. 6.

te: y que dentro de ellos, ni mientras se formaliza el inventario no deben ser inquietados por los legatarios, ni fideicomisarios, (1) y es lo que se observa; pero à los acreedores no se paga hasta que se finaliza el inventario, excepto que se conozca que hay para todos, y para heredar, porque de lo contrario podrán ser perjudicados los privilegiados, si à los que no lo son se paga antes.

41 Y el octavo, y ultimo requisito es, que el inventariante jure haver formalizado el inventario bien, y fielmente, sin omitir cosa alguna à sabiendas: y protexte adiccionar, y agregar à él otros qualesquiera bienes, y efectos, que aparezcan pertenecer à la herencia, al instante que llegue à su noticia: y asi se practíca, y debe hacer. Pero es de advertir, que aunque este juramento es de forma, y esencia del inventario segun ley de Portugal, como sienta *Guerreir. de Inventar. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 7. mas no segun nuestro derecho, ni segun el comun, pues por ninguno se preceptúa, y sí solo que el inventariante diga en el inventario que es verdadero, y está hecho bien, y fielmente sin engaño; (2) por lo que sin embargo de carecer de él, no se viciará, porque sirve unicamente para excluir la presuncion de que ha ocultado algo: y la protexta es para no incurrir en la pena impuesta à los que no lo hacen con pureza, de que trataré en el §. 4. de este capitulo.

QUE

(1) Dieg. Per. en la ley 193. tit. 8. lib. 4. Ordenam. Acev. en la fin. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 90. Gutier. de Juram. confirm. part. 2. cap. 4. ex n. 18. Paz in Prax. Tom. 1. part. 4. cap. 1. ex n. 40. Rebuf. tit. de Appellat. Tom. 3. glos. 1. artic. 16. n. 26. Morquech. de Division. lib. y cap. 1. dichos n. fin.

(2) Ley 100. al fin. tit. 18. Partid. 3. y ley 5. cerca del fin. tit. 6. Partid. 6.

§. II.

QUE PERSONAS ESTAN, O NO obligadas à hacer inventario solemne: si el heredero haciendolo, ò no, deberá pagar las deudas hereditarias, y legados, aunque los bienes de la herencia no alcancen para todo: y si por su confeccion es visto haberla aceptado, ò no.

42 QUedan explicados los requisitos que deben concurrir en el inventario solemne, para que pruebe; paso à tratar de las personas que están, ò no obligadas à hacerlo: si haciendolo, ò no el heredero, deberá pagar las deudas hereditarias, y legados, aunque los bienes de la herencia no alcancen para su satisfaccion: y si por su confeccion es visto haberla aceptado, ò no. Y en exposicion de estos puntos, digo, que regularmente hablando, deben hacer inventario solemne cinco clases de personas, que son: el *heredero*, el *tutor*, *ò curador ad bona*, el *Administrador de bienes agenos*, el *Prelado Eclesiastico*, y el *Fisco*; (1) y todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su custodia; y de cada uno trataré con la correspondiente separacion.

43 El heredero está obligado à pagar las deudas que el

(1) Ley fin. Cod. de Jure deliberand. ley Tutores, vel curatores, Cod. de Administrat. tutor. ley fin. Cod. de Admitt. tutel. ley Orphano trophos, Cod de Episcop. & Cleric. y ley Si quis intra, Cod. de Bonis proscriptor. cap. de Siracusanæ, dist. 28. cap Manifestat 12. quæst. princip. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 9. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 9. n. 1. Morquech. lib. y cap. 1. dichos.

el difunto dexó contra sus bienes: (1) Lo primero, porque representa su persona en el derecho activo, y pasivo que se forma al tiempo que fallece: (2) y por la del heredero no se muda su qualidad, ni condicion, antes bien en lo civil se reputan ambas por una, (3) por cuya razon se transfieren en él todas las acciones que competian al difunto contra algunos, y à otros contra él. (4) Y lo segundo, porque el heredero aceptando la herencia, se dice que quasi contrae con los acreedores, y legatarios, (5) lo qual es incontrovertible.

44 La dificultad está en saber quando tendrá, ò no obligacion de pagar las deudas, y legados en quanto importen los bienes hereditarios solamente, ò de los suyos propios, si aquellos no alcanzan. En exposicion de lo qual digo, que si hace el inventario con la pureza, escrupulosidad, y en el termino expresados en el §. anterior, no está obligado à mas que à lo que alcancen los bienes de la herencia; (6) pero no haciendolo, si la acepta, ò como heredero se entra en ella, lo está *ultra vires hæreditarias*, regularmente hablando, aunque los bienes del testador no cubran el total importe de las deudas, y legados que dexó. (7) Lo qual se entiende, ya sea legitimo, ò extraño, varon, ò hembra, instituido solo, ò con otros, y mayor, ò menor, y ya succeda *ex testamento*, *ò abintesta-*

(1) Ley Si cum dotem 23. §. Transgrediamur al fin, ff. Solut. matrimon. y ley unica, Cod. Ut actiones ab hæredib. & contra hæredes incipiant.

(2) Ley Si filius 21. ff. Si quis omissa causa.

(3) Authent. de Jure jurand. præstit. §. 1.

(4) Ley 2. C. de Hæredit. action.

(5) §. Hæres Institut. de Obligat. quæ ex quasi contract. nascunt.

(6) Ley fin. §. Et si per factam, Cod. de Jure deliberand. & ibi. DD. y leyes 5. y 7. tit. 6. Partid. 6.

(7) Dicha ley fin. §. Cum igitur: Authent. de Hæredib. & falcid. cap. Hinc nobis, §. Si vero non fecerit: y ley 10. tit. 6. Partid. 6.

tato por derecho pretorio, ò civil, ò contra testamento; (1) previniendo, que el heredero extraño pierde tambien la *quarta falcidia*, (2) y no debe sacarla, como he sentado en el cap. 1. §. 4. n. 67. de mi primera parte.

45 La conclusion sentada en el numero inmediato se limíta en diez casos: El primero, quando el heredero goza del privilegio de no deber ser reconvenido en mas de su posibilidad, pues entonces no estará obligado *ultra vires hæreditarias* por deudas, ni legados. (3) El segundo, quando el testador mandó al heredero que de sus bienes pagase los legados, pues puede imponer à los legatarios, (como que tienen causa por él) la ley, y condicion que quiera, y en perjuicio de ellos remitir à su heredero la confeccion del inventario. (4) El tercero, quando por dolo de los acreedores, y legatarios fue inducido el heredero à aceptar la herencia, pues nadie debe conseguir utilidad por el suyo. (5) El quarto, quando los acreedores, y legatarios confiesan no haver mas bienes en la herencia, pues aunque la ley quiere que el heredero, que la acepta sin beneficio de inventario, esté obligado *ultra vires hæreditarias*, fundada en la presuncion, que contra él resulta por este hecho, de haber ocultado, ò substraido parte de ellos, y prohibe la prueba en contrario, mas no la confesion que hace la parte, porque esta no es propiamente prueba, sino relevacion de ella; como la presun-

(1) Roland. de Inventar. part. 2. vers. Igitur, 1. y vers. Quæro, 5. Gracian. cap. 766. n. 57. Capic. decis. 15. n. 8. Phanuc. de Inventar. art. 2. 24. y 25. Valasc. consult. 52. cit. n. 5. y 36. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 11. n. 18.

(2) Dicha ley 10. tit. 6. y ley 7. tit. 11. Part. 6.

(3) Ciriac. contr. 5. n. 176. Mostaz. de Caus. pis lib. 4. cap. 11. y lib. 7. cap. 5. ex n. 1. al 58. y cap. 6. n. 1. al 71. Guerreir. dicho cap. 11. n. 86.

(4) Merlin. de Legitim. lib. 3. tit. 2. quæst. 24. n. 75. Surd. de Alim. privileg. 13. n. 4. Guerreir. loc. n. 93.

(5) Ley Nec ex dolo 13. ff. de Dolo malo. Surd. consul. 15. n. 13. Ciriac. controv. 176. n. 24. Mantic. de inventar. quæst. 22. n. 50.

suncion *juris*, & *de jure* se funda en cosa dudosa, que el derecho estima por verídica, y por la confesion se descubre, y patentiza la verdad pura, se separa aquella, y cede à esta. (1) A mas de que por la confesion de la parte cesa la razon de la ley, y cesando la razon, debe cesar la misma ley, y su disposicion. (2) El quinto, quando fue violentado à la adiccion de la herencia, pues por la violencia no debe sentir comodidad, ni incomodidad. (3) El sexto, quando aun no aceptó la herencia, (4) pues mientras no la acepta, no es, ni se debe llamar heredero. (5) El septimo, quando la aceptacion fue erronea, porque el que yerra, ò ignora, no se juzga que practíca acto, del qual se induzca la aceptacion, pues el error excluye el consentimiento; (6) sin éste ninguna disposicion es estable: (7) y lo que se hace con aquel, es lo mismo que sino se hiciera. (8) El octavo, quando la obligacion del difunto es nula *ipso jure* por todos respectos, porque en este caso asi como el difunto puede contravenirla; del mismo mo-

(1) Glos. in cap. Veritate, distinct. 8. & in cap. Quicumque, distinct. 81. Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 11. Menoch. de Arbitr. cas. 484. n. 5. DD. in cap. Is quidem, de Sponsalib.

(2) Ley Adigere, §. Quamvis, ff. de Jure Patronat. ley Quod dictum 33. ff. de Pact. y cap. Cum cessante, de Appellation. Guerreir. dicho cap. 11. ex n. 65. al 70.

(3) Ley Quia poterat 4. ley Ita tamen 27. §. Qui suspectam, y §. Præceptis, ff. ad Trebellian. Peregrin. de Fideicommis. artic. 2. n. 86. Fusar. de Substitution. quæst. 600. n. 23. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 3. & ibi, Aillon.

(4) Ley Si curator 9. y ley final, §. Donec, Cod. de Jure deliberand.

(5) Ley Post adictam 5. Cod. de Impuberum, & aliis substitution. Gracian. cap. 752. n. 22.

(6) Ley Si per errorem 15. ff. de Jurisdiction. omnium judic. y ley Nihil consensu 116. §. Non videtur, ff. de Regul. jur. Cost. de Facti scientia, & ignorant. inspect. 86. n. 4. Surd. consil. 150. n. 42.

(7) Ley Consensu 2. ff. de Obligation. & action.

(8) Ciriac. controvers. 65. n. 10. Barbos. axiom. 82. Guzm. de Veritat. verit. 17. n. 1. y sig. Valasc. consult. 83. n. 26.

modo, y con superior razon su heredero. (1) El nono, en quanto à la legitima: y asi aunque el legitimo heredero no haga inventario, no la pierde en caso de que despues de pagadas las deudas, le quede que heredar, porque se le debe *jure naturæ*, por cuya razon se deducirán estas (pues hasta que se deducen no hay herencia: (2)) y luego la legitima, y si sobrare algo será para los Legatarios, y sino, se quedarán sin sus legados. (3) Y el decimo, quando el heredero es menor, no tiene padre, ni curador, y fue leso en la adiccion de la herencia sin beneficio de inventario; pues probada la lesion, y pedida la restitucion *in integrum*, se le debe restituir, y bolver al estado que tenia antes de su aceptacion, citando, y oyendo à los acreedores, y no de otra suerte, (4) como he sentado en el cap. 14. de mi primera parte.

46 Los tutores, ya sean legitimos, dativos, ò testamentarios, no tienen termino prefinido para principiar, ni concluir el inventario de los bienes de sus menores, y solo manda el derecho que lo formalicen lo mas breve que puedan despues que se les confiere la tutela, (5) y que de esta se les pueda remover por sospechosos, tardando mucho tiempo en hacerlo sin impedimento justo; pero no les im-

(1) Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 78. Ciriac. controvers. 312. n. 108. Mantic. de Tacit. lib. 5. tit. 13. n. 3. Cravet. consil. 200. n. 7. Guerreir. dicho cap. 11. n. 118.

(2) Ley Subsignatum, §. Bona 1. ff. de Verbor. obligation. y ley Non possunt, ff. de Jure fisci.

(3) Gutierr. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 43. al 46. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 1. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 23.

(4) Ley 7. tit. 19. Partid. 6. Ciriac. controvers. 264. Cancer. part. 1. Var. cap. 2. n. 7.

(5) Ley Tutores, & ibi glos. Cod. de Administrat. tutor. y ley 15. tit. 16. Partid. 6. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 2. n. 17. Valasc. eod. tit. cap. 8. n. 13. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 2. n. 18.

impone otras penas. (1) Lo que se practíca es, entregarles los bienes por inventario antes que empiecen el uso de su encargo, à cuya responsabilidad se obligan por el instrumento que otorgan, con cuya cautela se evita todo fraude, y sospecha.

47 Si por dolo, y no por imposibilidad, ni otra causa justa omiten los tutores la confeccion del inventario de los bienes de sus menores, deben satisfacer à estos el daño, ò pérdida que prueben haberseles irrogado: (2) por lo que si algunos animales perecieren, ù otros bienes se deterioraren, durante su mora, y omision dolosa, estarán obligados à resarcirles su deterioro, ò pérdida. (3)

48 Lo qual milíta, y procede, no solo quando no perecerian los bienes, à haber hecho el inventario en tiempo debido, sino aun quando del mismo modo pereciesen haciendolo; pues sin embargo de que el deudor dé especie cierta, se liberta, y exime de su solucion, y tradicion, si perece: (4) no obstante, si es moroso, debe satisfacer el precio de ella, aunque à haberse inventariado en tiempo legitimo, hubiera perecido igualmente. (5)

49 Pero aunque en tiempo debido hayan hecho el in-

(1) Dicha ley 15. tit. 16. Partid. 6. Specul. tit. de Instrum. edit. §. fin. Bart. in leg. Tutor, qui repertorium, n. 7. ff. de Administrat. tutor. Morquech. de Division. bonor. lib. y cap. 1. dichos n. 53. y 54. Valasc. consult. 52. n. 5.

(2) Ley Tutor, qui repertorium, & ibi glos. & Bart. ff. de Administrat. tutor. Ayor. ibi. n. 18.

(3) Ley In ratione 30. ff ad leg. Falcid. Valasc. ibi n. 41. Guerreir. ubi proxime n. 19.

(4) Ley Si ex legati causa 23. ley Si homo mortuus, y ley Si impossibilis, ff. de Verbor. obligation. ley Si ipsa, ff. Quod metus causa, y ley Num utique, §. Si eo tempore, ff. de Administration. rer.

(5) Cardos. in Prax. judic. verbo Debitor. n. 19. Menoch. præsumpt. 138. lib. 5. Jol. Capon. discept. 461. n. 1. y 2 conclus. 7. y 8. Tom. 5. Ciriac. controvers. 126. Vela discurt. 33. n. 39 y 42. Gurb. observat. 83. n. 3. Guerreir. ibi. n. 20. al 22.

inventario los tutores, sino lo formalizaron con la rectitud, pureza, claridad, è individualidad expresada en los num. 16. y siguientes; ò por dolo, y sin causa justa no pusieron en él todos los bienes; ò los pusieron tan obscura, y confusamente, que no se les puede reconvenir por cosa cierta, serán igualmente responsables al daño, ò interés, el qual se probará por el juramento *in litem*, que contra ellos haga la parte interesada capáz de jurar, estando cierta de lo que jura, y pide, porque es lo mismo que sino lo hubieran hecho. (1) Advirtiendo, que para que haya lugar este juramento, no bastan la capacidad, y ciencia del que jura, pues son necesarias tambien las demás cosas que expresaré en el capitulo del juicio ordinario, num. 118. y faltando alguna, no há lugar à su delacion.

50 Por el dolo del tutor no há lugar regularmente el juramento *in litem* contra sus herederos, (2) por no estar obligados sino por lata, y no leve culpa cometida en la tutela; (3) no obstante que los tutores lo están por la leve, (4) pues las acciones penales no se transfieren contra ellos por el delito de su causante, sino la de *rei persecutoriæ*. (5) Pero esto se limíta quando el pleyto se contextó con el tutor, pues en este caso se puede jurar *in litem* contra sus herederos por el dolo por él cometido. (6) Lo que

(1) Ley 1. ff. de His, qui in testament. delent. ley 2. ff. de His quæ pro non script. habent. glos. in leg. Tutor cit. Ayor. dicho cap. 2. n. 19. y 21.

(2) Ley Alio jure, y ley final, Cod. de In litem jurand. Ayor. ibi. n. 20.

(3) Ley 1. Cod. de Hæredib. tutor.

(4) Ley Quidquid, Cod. de Arbitrar. tutel.

(5) Ley Pupilum, §. In hæredem, ff. de Regul. jur. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 3. n. 7.

(6) Ley 6. tit. 11. Partid. 3. Mascard. conclus. 441. n. 13. Gutierr. de Tutel. part. 2. cap. 1. n. 28. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 1. n. 72. y 73.

que queda explicado acerca de los tutores, milita para con los Administradores de bienes de Hospitales, y de otros, de que tienen que dar cuenta; por lo que omito tratar de ellos, como tambien de los Prelados Eclesiasticos, por no ser de este asunto: el aplicado que quiera instruirse vea à *Guerreir. de Inventar. lib.* 4. *cap.* 3. y 10. y à los que cita, y saciará su deseo, pues para el Contador Lego basta lo expuesto.

51 Por lo concerniente à si el Fisco estará, ò no obligado à hacer inventario solemne de los bienes que recaen en él, se debe distinguir; ò le tocan como heredero instituido, ò como succesor, por haberse confiscado à algun delinquente, ò por estar vacantes, à causa de no parecer parientes del difunto, è ignorarse à quien deben pasar. Si como heredero instituido debe hacer el inventario, y de omitirlo, estará obligado *ultra vires hæreditarias* por las deudas, y legados, al modo que otro qualquiera heredero, excepto que se le restituya; y la razon es, porque en este caso usa del derecho de persona privada, y como tal no goza del privilegio sino en los casos expresos en derecho, (1) aunque algunos dicen lo contrario; pero la opinion sentada es la corriente, porque la Authentica *de Hæredibus, & falcidia collat.* 1. y demás textos, que tratan del asunto, no distinguen de herederos, y asi à todos comprehende su precepto.

52 Pero quando succede en los bienes confiscados, ò vacantes no tiene obligacion de hacer el inventario, ni de satis-

(1) Ley 1. & ibi. Cin. Cod. de Petition. hæreditat. ley Quod placuit, ff. de Jure fisci, ley Justa, Cod. de Jure fisci. Gracian. cap. 830. n. 20. Peregrin. de Jure fisci lib. 6. tit. 1. n. 2. Roland. de Inventar. part. 1. vers. Undecimo quæro, n. 6. Valasc. consult. 52. n. 46. y de Privileg. pauper. part. 2. quæst. 58. n. 16. Bach nco Controvers. lib. 6. cap. 21.

tisfacer cosa alguna mas que lo que importen, porque los herederos *anomalos* (quales son el Fisco en dicho caso, el Monasterio que succede al Monge, el padre que ocupa los bienes de su hijo *jure peculii*, los executores universales, que tienen el lugar del heredero, y otros que succeden no por derecho hereditario, sino de adquisicion, y de accesoria persona) no se conceptuan por verdaderos herederos, sino solamente por succesores, y poseedores, y asi no están obligados à mas, que à lo que importen los bienes en que succeden. (1) En quanto à si succediendo en este concepto estará, ò no obligado à pagar las deudas, y legados de aquel cuyos fueron los bienes, vease à *Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 9. ex n. 13.* hasta el fin, que lo trata con varias ilaciones, ampliaciones, y limitaciones apoyadas con textos, y doctrinas.

53 El padre que tiene sus hijos en su poder, no está obligado à formalizar inventario solemne de los bienes adventicios que les tocan, porque es legitimo administrador, y usafructuario de estos, y no tiene que dar cuenta, lo qual es el motivo de no haber obligacion de hacerlo; por lo que ya los administre bien, ò mal, es impune su administracion, y en ninguna pena incurre, por no estar establecida contra él: (2) lo que al contrario sino tiene el usufructo, pues entonces no es legitimo administrador suyo, y debe dar cuenta. Y en caso de tenerlo, debe hacer des-

(1) Menchac. de Succession. creat. lib. 2. §. 16. n. 6. Valasc. de Privileg. pauper. dicha quæst. 58. y n. 16. y 36. Conciol. resolut 2. n. 13. y 14. verb. Fiscus. Julio Clar. Pract. crimin. §. fin. quæst. 78. Farinac. de Delict. quæst. 35. n. 185. Guerreir. de Inventar. lib. 2. y cap. 11. dichos n. 60. y 61. y lib. 4. cap. 9. n. 1. al 11.

(2) Ley Cum non solum, §. Sin autem, y ley Cum oportet, §. Non autem hypothecam, Cod. de Bonis quæ liberis, & ibi DD. Gomez en la 48. de Toro n. 16. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 16. Bas. Theat. Jur. part. 1. cap. 15. n. 34.

descripcion de ellos con la misma claridad, y distincion ante Escribano, y dos testigos, y ante los mismos hijos, si son capaces, sin necesidad de acudir al Juez, ni de citacion alguna, (que es en lo que se diferencia el inventario de la descripcion) pues esta no es para otra cosa, que para que los hijos sepan qué bienes adventicios son suyos, y no se obscurezcan, ni (si su padre se buelve à casar) se presuman adquiridos en el segundo matrimonio, y se les perjudique en su importe; para cuya descripcion tampoco hay termino prefinido, (1) por lo que si se bolviere à casar, deberá hacerla antes, con declaracion, y liquidacion de los que son suyos, y de sus hijos.

54 Pero si succede à algun hijo capáz de testar, y existente fuera de su dominio, como su heredero instituido, debe hacer inventario solemne, y de omitirlo está obligado *ultra vires hæreditarias*, porque se reputa como estraño, y ninguna ley le exceptua en este caso; (2) cuya obligacion entiendo en quanto à las deudas que el hijo tenga contra sí, mas no por lo respectivo à los legados, pues estos sino caben en el tercio de que la ley sexta de Toro le permite disponer, se reducirán à él, y las dos terceras partes son legitima del padre, que no debe ser gravada. Sobre todo lo qual vease à *Arias Pinel en la ley* 1. *part.* 2. *n.* 21. y en la Authentica: *Nisi triennali, Cod. de Bonis matern.* en donde explica latamente quándo está obligado el padre à hacer inventario, y descripcion: y al Señor *Castill. de Usufruct. cap.* 3. que lo trata como acostumbra, con otras especies utilisimas relativas al padre.

Si

(1) Sr. Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 1. cap. 15. n. 34. Minsinger. observat. 95. Baez. de Decima tutori cap. 4. n. 6. al fin. Benedict. de Perus. consil. 149. in 6. dubio. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 1. n. 18. y 19.

(2) Roland. de Confection. inventar. quæst. 29. cerca del fin, y otros que cita.

55 Si el marido, ò su muger sin hijos, que no fueron instituidos herederos uno del otro, se apoderare de todos sus bienes, y de los del difunto, deberá por razon de la mutua sociedad celebrada entre ambos por el matrimonio hacer descripcion de ellos, porque tiene que dar cuenta à sus herederos de los que dexó; pero por omitir la confeccion del inventario solemne no incurrirá en las penas impuestas al heredero, y demás, que estando obligados à hacerlo, no lo hacen, porque ningun texto civil, ni real se las impone, ni manda hacerlo con toda solemnidad. (1)

56 El usufructuario, ya sea particular de ciertas cosas, ò universal de todos los bienes, debe, y puede ser compelido à hacer inventario: y la razon es, porque teniendo como tiene obligacion de usarlos, y gozarlos à arbitrio de buen varon, para restituirlos acabado el usufructo, segun diré en el cap. 7. de este libro; no habiendolos inventariado, no se podrá conocer si los usó, ò no, como estuvo obligado, ni si hace restitucion plena de todos los que entraron en su poder; perecerá facilmente su propiedad, y tampoco se podrá justificar por falta de documento que lo acredite, (2) cuyo inventario no es preciso que lo formalice con la solemnidad que el heredero, por no haber texto que expresamente lo mande: y asi basta que sea descripcion de todos los bienes muebles, è inmuebles, con intervencion del propietario, à la qual no

(1) Valasc. de Partition. cap. 8. n. 29. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 10. al 14.

(2) Ley 1. §. Recte, ff. Usufructuarius quemadmodum caveat, & ibi glos. Señor Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 28. n. 4. Garcia de Expens. cap. 11. n. 4. Gutierr. in leg. Remo potest 55. ff de Legat. 1. n. 4. 4. St. Castill. de Usufruct. cap. 14. n. 4.

no debe resistirse, y si se resiste no ser oido. (1)

57 Se entiende lo explicado en el numero inmediato, aunque el usufructuario pretexte, y alegue, que el testador le dispensó, ò remitió el hacer la descripcion; y es la razon, porque no pudiendo, como no puede, remitirle la caucion de usar, y gozar los bienes en la forma expresada: (2) se sigue que tampoco puede remitirle la confeccion de su descripcion, porque es antecedente necesario para la misma caucion, por las razones arriba expuestas. (3)

58 Lo propio limíta, aunque diga que el testador le impuso la pena de privacion del usufructo, ú otra, si hacia la descripcion; pues sin embargo de que se la haya impuesto, está obligado à su confeccion à instancia del propietario, sin miedo de incurrir en ella; (4) y asi la remision del testador surtirá el efecto de no tener obligacion de hacer inventario con toda la solemnidad legal, y de que baste la descripcion clara, è individual con juramento de no haber ocultacion, y con los demás requisitos expresados en el num. 52. (5) por lo que sino la hiciere, y se entrare en ellos, se podrá jurar *in litem* contra él,

(1) Roland. de Inventar. quæst. 36. Pedroch. consil. 7. n. 67. Sr. Castill. ibi. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. n. 2.

(2) Ciriac. controvers. 73. Sr. Castill. y Roland. ibi. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 3. y 4. & ibi Aillon.

(3) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 15. n. 17. Roland. de Inventar. quæst. ultim. n. 6. Sr. Molin. ibi. n. 13. 15. y 16. Cravet. consil. 187. Gutierr. ibi. n. 415. y 416. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bonis matern. part. 2. n. 75.

(4) Prætis consil. 96. n. 7. Pedroch. ibi. ex n. 56. al 65. Sr. Castill. dicho cap. 15. n. 18. Barbos. in leg. 1. Cod. de Usufruct. n. 3. y 6.

(5) Gutierr. ibi. n. 416. Roland. dicha quæst. ultim. n. 11. y consil. 92. n. 15. 16. y 20. lib. 1. Sr. Castill. dicho cap. 15. n. 20. Alex. consil. 58. n. 8. vol. 3. Pedroch. ibi. n. 38. y 56. Guerreir. lib. 4. y cap. 2. dichos n. 6.

él, no obstante la remision, y prohibicion del testador, ya sea usufructuario particular, ò universal: (1) bien que el propietario no está obligado à entregarselos, y puede impedir su tradicion hasta que haga la descripcion.

59 Pero si el usufructuario posee los bienes, ya sea con licencia del testador, ò del heredero propietario, no se deberá decir que existe con mala fé, ni en mora, por no inventariarlos, ni dar la caucion, hasta que acerca de ello sea interpelado judicialmente por el propietario: por lo que hace suyos los frutos aun antes de la fianza, si la posesion es legitima, y justa; bien que una vez interpelada, si se resistiere, podrá el propietario jurar *in litem* contra él. (2)

60 El inventario hecho por uno de los herederos aprovecha à los demás que no intervinieron en él, (como afirma *Guerreiro de Inventar. lib. 2. cap. fin.* con doce ampliaciones que trae) sin embargo de que algunos dicen lo contrario sino hay cesion del inventariante. Y en quanto à si aprovecha, ò no à otros, v. g. » Muerto el marido, »pide su viuda se inventariên los bienes que dexó. Inven»tariados, y tasados legalmente, y divididos, ò antes de »su division aparecen deudas contra el caudal, pretenden »los acreedores sus creditos, y los hijos responden, que »solo están obligados *intra vires hæreditarias*, porque »aceptaron la herencia con beneficio de inventario; y los »acreedores replican, que no deben gozar de este bene»fi-

(1) Berroyo consil. 243. n. 5. lib. 1. Cravet. consil. 300. Farinac. in Fragment. part. 2. n. 1114. y 1115. D. D. in leg. 1. y §. Recte cit. Alex lib. 3. consil. 58. n. 5. y 7. Guerreir. ibi. n. 7. al 11.

(2) Surd. de Alim. tit. 7. quæst. 19. n. 18. Gail. observat. 46. n. 9. lib. 2. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 16. n. 14. y 28. Thesaur. decis. 80. n. 3. Guerreir. ibi. n. 12. Barbos. in leg. 1. cit. n. 13. Pinel. in leg. 2. Cod. de Bonis matern. part. 2. n. 79.

»ficio, por no haber hecho otro inventario, que el que »formalizó su madre. " Esta question promueve *Ayor. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 22. afirmando, que es suficiente el formalizado por su madre, y que cumplen con satisfacer hasta la concurrente cantidad que percibieron: y del mismo dictamen es *Valasc. de Partition. cap.* 8. *n.* 26. pero *Morquech. de Divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 1. *ex n.* 19. *al* 32. es de contrario sentir. El aplicado Jurista puede verlos para su instruccion, pues por no importar al contador, omito molestarle con la exposicion de los fundamentos de sus opiniones.

61 Antes de resolver si por la confeccion del inventario es visto haber aceptado, ò no el heredero la herencia, debo sentar lo primero, que el heredero puede ser instituido de quatro modos, à saber: *puramente*, *con condicion*, *à dia cierto*, *y baxo de cierto modo.* Se dice institucion pura, quando al instante que el testador fallece, puede su heredero aceptar la herencia, y entrar en ella. (1) Con condicion, quando le impone alguna, para que la cumpla antes de la aceptacion, ò ingreso en sus bienes, la qual puede ser posible, ò imposible; si es imposible por naturaleza, ò por derecho, se constituye nula, y tiene por no escrita; (2) si es posible, y potestativa, vale; (3) y lo mismo si es casual, y posible por derecho; (4) pero hasta que se cumpla no ha de aceptar la herencia, ni entrar en ella. A dia cierto, quando la adiccion de la herencia está suspensa hasta que llega el dia. (5) Y baxo de

(1) Ley Is potest, ff. de Adquirend hæreditat.

(2) Ley Filius, ff. de Conditionib. institution.

(3) Ley Suus quoque, ff. de Hæredib. instituend.

(4) Ley 1. Cod. de Institutionib & substitutionib. ley In testamento, ff. de Conditionib. & demonstration b.

(5) Ley Hæreditas ex die, ff. de Hæredib. instituend.

de cierto modo, quando se hace la institucion, con tal que el heredero en la adiccion de la herencia observe tal, y tal modo, (1) y entonces dando caucion de cumplirlo, puede regularmente aceptarla, y entrar en ella. Sobre lo qual vease à *Antunez Portugal. de Donation. reg. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 1. *per tot.* en donde trata de la disposicion modal, y en qué se diferencia de la condicional, y lo que explicaré en el cap. 6. §. 2. lib. 2. de este tratado.

62 Lo segundo, que la herencia no es otra cosa, que succesion en todo el derecho del difunto: (2) y se puede aceptar de tres maneras, con el animo, con las palabras, y con el hecho. Con el solo animo, quando tiene voluntad de aceptarla. (3) Con las palabras, quando dice expresamente que la quiere. Y con el hecho, quando se conduce como heredero, haciendo algun acto, que solo compete al que lo es, y no puede hacer sin que sea visto haberla aceptado; v. g. entrar en la posesion de los bienes, vender, ò dar orden para la venta de algunos, labrarlos, arrendarlos, disfrutarlos, ò usar de ellos como dueño; (4) cumplir la condicion con que fue instituido, disponer de la herencia en su testamento, transigir algunos creditos de ella, comparecer en juicio como tal, y practicar otros actos, (que refieren el mismo *Portugal part.* 3. *cap.* 25. *Valeron de Transactionib. tit.* 5. *quæst.* 7. *per tot.* y otros muchos Autores) por los quales se prueba su adiccion. Pero es de advertir, que si practica algunos actos de estos;

(1) Ley 1. Cod. de His quæ sub modo.

(2) Ley Hæreditas, ff. de Regul jur. y ley Nihil, ff. de Verbor. significat.

(3) Ley Si avia, Cod. de Jure deliberand. ley 11. tit. 6. Partid. 6. y §. final. Institut. de Hæredum qualitat.

(4) Ley 11. tit. 6. Partid. 6. ley Si filius, ff. de Tutel. ley Gerit, y ley Eum, qui bonis, ff. de Adquirend. hæreditat.

tos, no con animo de aceptarla, sino de evitar el extravío, ò pérdida de algunos bienes de ella, lo debe protestar asi delante testigos, ò del Juez, para que no se le irrogue perjuicio, como lo dice la ley 11. verb. *Pero si algun ome*, tit. 6. Partid. 6.

63 Y lo tercero, que para que la herencia se pueda aceptar se requieren diez circunstancias: La primera, que el aceptante sepa que es heredero. (1) La segunda, que sepa la causa de la adiccion, que es, si succede *ex testamento*, ò *abintestato*. (2) La tercera, que sea instituido puramente, pues si lo es con condicion, no puede aceptarla antes que esta se cumpla. (3) La quarta, que sea *sui juris*, quiero decir, que no esté baxo del dominio de otro, porque si lo está, se requiere su consentimiento. (4) La quinta, que sea capáz, y tenga uso perfecto de sus potencias. (5) La sexta, que sea mayor de catorce años. (6) La septima, que sepa que el testador ha muerto, pues de otro modo no puede aceptarla, ni renunciarla. (7) La octava, que esté cierto de que el testador pudo testar, pues si lo duda, tampoco puede aceptarla. (8) La nona, que si es heredero abintestato, sepa que ningun otro consanguineo le precede. (9) Y la decima, que para la adiccion de la herencia en virtud de testamento, esté habil el heredero ex-

(1) §. final institut. de Hæredum qualitat.

(2) Ley Is potest, ff. de Adquirend. Hæreditat. y dicho §. fin.

(3) Ley Is qui hæres, ff. de Adquirend. hæreditat. y ley 14. tit. 6. Partid. 6.

(4) Ley Si quis mihi, §. Jussu, y ley Qui in aliena, ff. de Adquirend. hæreditat. y ley 13. tit. 6. Partid. 6.

(5) Dicho §. final Institut.

(6) Ley Potuit 6. Cod. y ley Si infanti 18. ff. de Jure deliberand. y ley 13. cit.

(7) Ley 14. tit. 6. Partid. 6. ley Is qui hæres cit. §. Si quis dubitet, ley Qui hæreditatem, ley Nominem, y ley Qui superstitis, ff. de Adquirend. hæreditat.

(8) Dicha ley 14. ley Hæres, §. fin. y ley Sig. ff. eod. tit.

(9) Ley Cum quidam, §. 1. ff. eod. tit.

extraño en tres tiempos, que son; el en que se formaliza, el de la muerte del testador, y el en que se otorga por heredero, pues los legitimos, ò forzosos basta que no tengan impedimento legal al de su muerte, aunque al de la institucion lo hayan tenido, (1) como he sentado en el cap. 1. §. 7. n. 120. de mi primera parte.

64 Supuesto como legal, è indubitado lo referido, digo que por la confeccion del inventario no se contempla aceptada la herencia, (2) porque la aceptacion es hecho, el qual no se presume sino se prueba: (3) y asi, el que afirma que el heredero la aceptó, debe probarlo plena, y concluyentemente, (4) pues no bastan presunciones, y congeturas, ni pruebas equivocas: (5) ni tampoco el que haya sido instituido heredero, ò se le haya dexado la herencia, sino consta de su adiccion. (6) A mas, de que el heredero puede hacer el inventario con animo de cerciorarse del valor de la herencia, para deliberar en su vista si la ha de aceptar, ò repudiar: y asi como el que con dos respectos, ò motivos puede exercer algun acto, no se estima haberlo exercido precisamente con el uno, à menos que lo exprese; del mismo modo el que con

(1) Ley 22. tit. 3. Partid. 6. & ibi glos. 1. y 3. Net. de Testam. lib. 5. tit. 4.

(2) Mantic. de Conjectur. lib. 2. tit. 9. n. 3. Menoch. lib. 4. præsumpt. 99. n. 2. Ciriac. controvers. 244. n. 21. Morquech. de Division. lib. y cap. 1. n. 62.

(3) Ley Pro hærede 20. ff. de Adquirend. hæreditat. ley In bello 12. §. Facta, ff. de Captiv. & post lim. ley Asseveratio 10. Cod. de Non numerat. pecun. y ley Si emancipati 9. Cod. de Collationib. Mascard. conclus. 732. n. 1. Menoch. præsumpt. 14. n. 1. lib. 6.

(4) Ley Necessariis, ff. de Adquirend. hæreditat. Mantic. ibi. n. 4. Surd. decis. 154. n. 18.

(5) Urceol. in Examine apum conclus. 51. n. 8. Altograd. consil. 91. n. 44. lib. 1. Ciriac. ubi proxime n. 27. y controvers. 628. Valeron de Transaction. tit. 5. quæst. 7.

(6) Cravet. consil. 222. n. 11. Cels. decis. 129. n. 3. Gracian. Discept. cap. 752. n. 22. Conciol. allegat. 3. n. 55. y 56. Ciriac. controvers. 244. cit.

con dos, ò mas puede hacer el inventario, no se presume haberlo hecho con animo de aceptarla, mientras no lo diga, ò como heredero lo haga; (1) bien que basta que en él se titúle asi, aunque el Escribano le ponga este titulo en él, una vez que lo consiente, y lo firma. (2)

65 Milita, y procede lo expuesto, aunque la herencia sea opulenta, bien que en este caso bastan pruebas menos relevantes. (3) Y se amplía à los hijos, pues sin embargo de que *ipso jure* parecen, y son herederos de su padre; (4) no obstante, por el beneficio *prætorio* que les está concedido de poder repudiarla, ò abstenerse de ella, no se presume serlo; y asi para reconvenirlos como tales, es preciso que los acreedores paternos prueben que se mezclaron en la herencia, haciendo gestiones de herederos, porque tratan de su daño, y no es suficiente la prueba de que son hijos, sino de que juntamente son sus herederos. (5) Lo qual no sucede quando los hijos tratan de su utilidad, ò comodidad, porque entonces se presumen herederos, excepto que se pruebe lo contrario. (6)

Si

(1) Ley Cum solus, y ley Si quis non quasi, ff. de Adquirend. hæreditat. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 239. Menoch. lib. 4. præsumpt. 101. n. 94. Roland. consil. 73. lib. 2. Morquech. de Divis. lib. y cap. 1. n. 33. y 34.

(2) Ley Optimam, Cod. de Contrahend. stipulation. Rutin. consil. 113. n. 7. al fin. Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 6. n. 50.

(3) Menoch. lib. 4. præsumpt. 99. n. 3. Mascard. conclus. 40. n. 9. Mantic. de Conjectur. tit. 5 1. n. 28. Net. de Testament. lib. 5. tit. 1. al 10.

(4) Ley In suis, ff. de Liber. & posthum. y ley 1. §. Qui sunt in potestate, ff. Si quis omissa causa.

(5) Gios. Bart. Bald. y otros en la ley Necessariis, ff. de Adquirend. hæredit. Roland. consil. 20. n. 17. lib. 1. Mantic. ubi proxime n. 20. Menoch. ibi. n. 4. Surd. decis. 154. n. 17. Valeron de Transactionib. dicho tit 5. quæst. 7. Gom. lib. 1. Var. cap. 9. n. 25. & ibi Atilon.

(6) Roland. dicho consil. 20. n. 17. y 18. Ciriac. controv. 181. n. 12. Guerreir. lib. 2. y cap. 6. dichos n. 43. y 44.

66 Si el descendiente que existe en poder de su padre, quando fallece, no quiere aceptar la herencia, por entender está muy gravada; y maliciosamente compra en cabeza de otro los bienes de ella, ò hurta, ò substrae algunos, es visto por qualquiera de estos hechos haberla aceptado, y quedado obligado de modo, que despues ya no puede repudiarla. Pero con los herederos extraños es diverso, pues estos no están obligados à su adiccion, y solo podrán ser demandados por los acreedores del difunto à que restituyan lo substraido. (1) Del inventario tratan con toda extension *Phanucio*, *Rolando*, y otros, à quienes podrá ver el legista, pues para el Contador Lego basta lo explicado aqui, y en el capit. 14. de mi primera parte.

§. III.

SI SE DEBEN TASAR, O NO LOS bienes inventariados, cómo, y por qué personas; y en caso que estas discorden, ò hagan agravio en su valuacion, de qué remedios pueden usar los herederos.

67 AUnque, segun equivocado sentir de algunos Autores, para que el inventario se diga rectamente formalizado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, con tal que consten en

(1) Ley Si quis extraneus 21. y ley Si is, qui bonis 91. ff. de Adquirend. hæreditat. y ley 12. tit. 6. Part. 6. y en ella el Señor Greg. Lop. glos. 12. per tot.

en él: No obstante, es nulo quando falta el peso, medida, numero, y aprecio, y quando no los contiene clara, y distintamente, sino en confuso; (1) y asi, no solo se han de inventariar en los terminos expuestos, sino tambien apreciar, sin embargo de qualquiera corruptela (llamada impropiamente costumbre) que haya; y la razon es, porque de lo contrario se daria lugar à que el heredero, ò inventariante, poniendo en confuso los bienes, defraudase à los coherederos, y à los menores, ausentes, acreedores, y legatarios, suplantando otros de inferior valor, lo qual no se debe permitir. Y al modo que la ley, por medio del inventario hecho con rectitud, proveyó à los herederos del beneficio de que no estuviesen obligados à los acreedores de su instituyente *ultra vires hæreditarias*; del mismo modo quiso proveer à estos contra ellos, para que en perjuicio suyo no pudiesen malignar, substraer, ni ocultar los bienes de la herencia, mandando que el inventario se formalice clara, distinta, y no obscura, ni confusamente, ni de suerte que puedan cometer fraude; y lo propio milíta en la descripcion. (2) A mas de que sin la valuacion no se puede proceder à la particion, porque ni los fundos, y edificios son iguales, ni los muebles, y semovientes de un mismo valor, especie, y qualidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno à cada partícipe; por lo que se ha de hacer previa estimacion, y apre-

(1) Bart. y Bald. en la ley Si quis intra, Cod. de Bonor. posses. Roland. consil. 73. n.79. lib. 2. y de Inventar. part. 3. vers. Item quæritur. Nata consil 574. y 78. lib 3. Ciriac. controv. 294. Guzm. verit. 26. n. 16. y 22.

(2) Nata consil. 575. n. 19. dicho lib. 3. Abb. cons. 253. n.7. Andreol. controvers. 142. n. 4. Phanuc. de Inventar. part. 3. n. 30. Cancer. part. 3. Var. cap. 2. n. 37. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 11. n. 1. al 5.

aprecio de los inventariados. (1)

68 Milíta, y procede lo expuesto en el numero inmediato, quando el difunto no valuó los bienes que tenia, pues si antes de fallecer hizo su valuacion, no se debe reiterar despues, porque se presume haberla hecho con justificacion; excepto que se pruebe que padeció error, ò que por alguna causa no se conduxo en su tasacion con la rectitud que debia, pues entonces se deberán tasar como sino los hubiera tasado. (2)

69 La valuacion, ò aprecio de los bienes inventariados se debe hacer por perítos diputados publicamente à este fin; y no habiendolos, por los que elijan las partes, (pues no está en uso el que los Jueces los nombren, como por derecho antiguo (3) se ordena) ò por uno, si las partes se conforman en él, por ser práctico, è inteligente en las clases de bienes de la herencia, como en esta Corte se hace muchas veces, por no estar prohibido, pues no siendo inteligente, se ha de nombrar para cada clase el suyo, que lo sea, v. g. para las heredades agrimensores; para las casas, y edificios alarifes, &c. (4) y pueden nombrarlos las partes por pedimento ante el Juez, ò solamente ante el Escribano que entiende en el inventario, porque no hay ley que diga lo contrario, y asi suele practicarse en esta Corte.

Es-

(1) Ley Hac editali, §. 1. Cod. de Secund nupt. ley Mœvius, §. Cum familiæ 3. ff. Familiæ erciscund. y ley Ad officium, Cod. Communi dividund y §. Quod si commode Institut. de Offic. judic. Cuerreir. ibi. Morquech. lib. 1. cap. 4. n. 1.

(2) Paul. de Castr. cons. 364. Mascard. conclus. 662. n. 2. Morquech. ibi. n. 24. y 25. Alex. in leg. Si fidejussor. §. Meminisse, ff. de Legat. 1. Guerreir. dicho cap. 11. n. 76. Ayor. part. 1. cap. 3 n. 38.

(3) Dicha ley Ad officium, Cod. Communi dividund.

(4) Aretin. consil. 84. num. 3. Curt. Junior. consil. 161. n. 20. Morquech. lib. 1. y cap. 4. dichos n. 4.

70 Estos perítos han de ser de buena vida, y fama, y mayores de toda excepcion; (1) y jurar que harán bien, y fielmente la tasacion, segun su inteligencia, sin causar agravio à las partes. (2) Lo qual se entiende, excepto que sean tasadores públicos electos por el Rey, ò por el Ayuntamiento del Pueblo, pues siendolo, si juraron al ingreso en su oficio, como se acostumbra, no tienen necesidad, ni obligacion de bolver à jurar en cada tasacion que hagan: ni tampoco quando las partes los eligen de conformidad, y relevan del juramento; ò para negocio extrajudicial, como amigos. (3)

71 El juramento de estos perítos es propiamente de *credulidad*, porque recae sobre su inteligencia, y concepto, que segun reglas de su arte, ù oficio, constitucion del tiempo, y su práctica, y experiencia forman del valor de lo que tasan; (y no de *decir verdad*, como el de los testigos, que deponen de vista, ù oidas lo que percibieron por los sentidos) porque de cierto no pueden saberlo, à causa de depender de la comun estimacion de los hombres, y no tener valor intrinseco puesto por la ley, como la moneda. (4) Y sobre quáles se llaman juramentos de *credulidad*, y de *verdad*, y en qué se diferencian, vease lo que explicaré en el capitulo del juicio ordinario, §. 2.

Sien-

(1) Curt. in Addition. ad Alexand. in leg. Prætia rerum, vers. Peritorum n. 6. ff. ad leg. Falcid. Morquech. ibi.

(2) Ley Hac editali, § His illud, Cod. de Secund. nupt. & ibi. Bald. Alex. in leg. Prætia rerum n. 6. vers. Præbenda, ff. ad leg. Falcid. Angel. in §. Si quis agens n. 1. Institut. de Actionib. Morquech. ibi n. 6. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 8. n. 18. al 20.

(3) Valasc. de Partition. cap. 9. n. 1. Garcia de Expensis cap. 24. n. 18. Guerreir. dicho cap. 8. n. 22. al 24. Lucas de Pœnna in leg. 1. Cod. de Naviculariis.

(4) Bald. in leg. Hac editali, §. His illud cit. n. 4. Felin. in cap. Proposuisti de Probation. Jason. in leg. Admonendi n. 199. ff. de Jure jurand. Guerreir. ibi. n. 24. y 25.

72 Siendo nombrados publicamente, pueden ser compelidos à admitir su encargo, y à hacer la valuacion; y la razon es, porque su oficio es público, y no nacieron para sí solos, sino para utilidad, y comodidad de la republica, (1) lo qual se entiende, excepto que para su admision tengan impedimento, ò escusa legitima, (2) y si los eligen las partes; aunque regularmente no pueden ser obligados à aceptarlo contra su voluntad, porque es oficio voluntario: (3) no obstante, aun en este caso se les podrá compeler, sino hay otros igualmente idoneos, y rectos, porque de lo contrario sería ridicula, è ilusoria la eleccion, y se daria ocasion à diferir la particion por falta de aprecio de los bienes, ò à que la tasacion fuese injusta, lo qual cedia en notable detrimento de los interesados; pues (como queda expuesto) no hemos nacido para nosotros solos, sino para ser utiles à la Patria, y à sus individuos. (4) Pero una vez que lo acepten, se les puede apremiar à perfecionarlo, porque por su aceptacion se obligaron à ello. (5)

73 Pueden ser recusados estos perítos con solo el juramento de tenerlos por sospechosos, y de no proceder de malicia, ni con animo de injuriarlos, siendo nombrados por el Juez ordinario; pues al modo que éste lo puede ser, como expondré en el capitulo del juicio ordinario, §. 12. con superior razon los que elija. (6) Pero si los nom-

(1) Ley 1. §. Personalia, ff. de Munerib. & honorib. Valasc. dicho cap. 9. n. 4. Guerreir. de Invent. lib. 1. cap. 11. n. 6. y 7.

(2) Los tit. ff. de Vacat. & excusation. muner. y Cod. de Excusation. muner.

(3) Abb. in cap. Cum dilectus de Purgat. Valasc. ibi. al fin.

(4) Post. inspect. 47. n. 44. Guerreir dicho cap. 11. n 13.

(5) Arg. leg. Item si unus, ff. de Arbitr. Garcia de Expens. cap. 24. n. 26.

(6) Ley Apertissimi 16. Cod. de Judic. Pacian. de Probation. lib. 2. cap. 45. Guerreir. dicho cap. 11. n. 14.

nombra por contumacia de las partes, es menester que haya causa para recusarlos, y que se proponga, y pruebe por el recusante, porque el Juez es visto haber hecho en nombre de ellas el nombramiento, por lo que se estima en este caso haberlos elegido ellas mismas. (1) De las causas de la recusacion trataré en dicho §. 12. à donde remito al lector.

74 Si las mismas partes eligen los perítos, no los pueden recusar, excepto que sea por nueva causa, nacida, ò sabida despues del nombramiento, y probada; y de lo contrario no se les admitirá con solo el juramento expresado. (2) Y siendo diputados, y electos publicamente, es preciso que se expresen, y prueben las causas antes de empezar à exercer su encargo, ò luego que lleguen à su noticia, pues no basta el juramento de tenerlos por sospechosos, (3) porque como personas de pureza, integridad, y habilidad conocida, y en quienes el público depositó la fé, y confianza, no se presume sean corrompidas, sin que se acredite en forma: y esta presuncion à su favor constituye à los recusantes en la precision de probar la causa, ò causas de su recusacion.

75 Para hacer la tasacion han de ser citadas las partes, al modo que para el inventario, por si quieren asistir, pues no se les puede impedir; y no presenciandola, ò no citandolas, es nula, (4) lo qual se entiende, excepto que dén comision à los perítos para hacerla sin su presen-

(1) Valasc. dicho cap. 9. n. 22. y 23.

(2) Guerreir. dicho cap. 11. n. 9. 10. y 15. Valasc. ibi. n. 25.

(3) Pacian. ibi. Valasc. ibi. n. 17. al 21. Guerreir. ibi. n. 15.

(4) Surd. decis. 452. n. 34. y 35. Ciriac. controvers. 261. n. 16. Valasc. de Partition. cap. 10. n. 12. y 13 Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 6. n. 21.

sencia, ni citacion; (1) ò que los hayan elegido de unanime conformidad, pues entonces como que se contempla haberlos instruido del negocio, no es necesaria su citacion, ni presencia. (2) Bien que si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion; porque es visto ser citadas para asistir à todo; previniendo, que en la citacion se ha de poner fecha, y señalar à las partes el dia, y hora en que se ha de hacer la valuacion, y es lo que se practíca.

76 Deben ver, y registrar los perítos cada cosa de las que valúan, pues de lo contrario es nula la tasacion, y tasarla con separacion, y no muchas por un precio: (3) y asimismo hacer la respectiva valuacion de todas por lo que justamente valen, procediendo en ella con gran circunspeccion, arreglo, y moderacion, y no por informes de otros; cuyo justo precio se ha de regular no por la singular, ò particular aficion à lo que tasan, sino por la general, y comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que hacen la tasacion, la costumbre de el Pueblo, el sitio, y producto anual, la qualidad, cargas, y condicion de las mismas cosas, y su fecundidad, ò esterilidad; ni tampoco con nimio rigor, y mucho menos en el juicio divisorio, porque como la embidia reyna, y predomína principalmente entre los hermanos, conviene que se haga con equidad, y fraternal caridad:

(1) Ley Diem proferre, §. Si quis litigatorum, ff. de Recept. arbitr. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 117. n. 13. Boer. decis. 282. n. 34.

(2) Bart. in leg. Si quis arbitratu 4. ff. de Verbor. obligation. n. 7. Ciriac. controvers. 201. cit. n. 20. Guerreir. ubi proxime n. 23. y 24. Morquecn. lib. 1. cap. 4. n. 10.

(3) Valasc. de Partition. cap. 10. n. 5. Guerreir. dicho cap. 11. n. 24. al 26. Conciol. alleg. 65. n. 23. Ciriac. controvers. 61. n. 4.

dad: (1) pues aunque se diga que tanto vale la alhaja, quanto se puede vender, esto se entiende cesante todo fraude. (2)

77 Tampoco se deben valuar precisamente por el precio en que se compraron, porque el justo no se constituye por la compra pasada, sino por la estimacion presente: (3) lo qual procede, aunque fuesen comprados en pública subasta, porque para la justicia del precio justo no se ha de atender à la razon del que en la subasta se dió por la alhaja, no obstante que haya habido muchos postores, sino à la qualidad, y circunstancias de ella, pues sin embargo de los muchos postores, y de ser pública la venta, no se prueba legitimamente ser el justo, y verdadero, y solo se presume; y la razon es: Lo primero, porque asi en la venta pública como en la privada puede engañar, ò ser engañado el comprador. (4) Lo segundo, porque el precio de las cosas se varía cada dia segun los tiempos, circunstancias, calidad, fecundidad, ò esterilidad, y mucho mas el de las que se deterioran, ò consumen con el uso. (5) Y lo tercero, porque muchos postores se acaloran en las posturas, ò por aficion à la cosa, ò por peculiar utilidad que se les sigue de su compra

(1) Ley Prætia rerum, ff. ad leg. Falcid. glos. & DD. in leg. 2. Cod. de Rescindend. vendition. & ibi Pinel. part. 3. cap. ultim. Guerreir. dicho cap. 11. n. 26. 27. 42. 50. y 51. Ciriac. controvers. 656. n. 20. Valasc. dicho cap. 10. n. 2. y 4. y cap. 11. n. 14.

(2) Ley 2. & ibi Bart. n. 7. ff. de Condition. furtiv. Soto de Justit. & jur. lib. 3. quæst. 3. artic. ult. col. fin. Valasc. dicho cap. 10. n. 3.

(3) Ley Non intelligitur, §. Divi fratres, ff. de Jure fisci. Mascard. conclus. 1396. n. 3

(4) Post. de Subhast. inspect. 43. 47. y 49. Valasc. consult. 43. n. 6. Conciol. alleg. 64. y 65. Mascard. conclus. 655. n. 3. Surd. consil. 256. n. 4. Fontanel. decis. 65. n. 4. Menoch. consil. 163. n. 15.

(5) Ley Ideo, 3. ff. de Eo quod certo loco, y dicha ley Prætia rerum, §. Non nullam. Ciriac. controvers. 261. n. 15. y controvers. 453. n. 61. 65. y 66. Ric. part. 3. collect. 3147. Guerreir. de Inventar. lib. 1. y cap. 11. dichos ex n. 28. al 36.

pra, que à ninguno otro se seguirá, v. g. quando tienen otra contigua à ella, por unirlas, y hacer de ambas una posesion ventajosa, ò tambien porque otro no la lleve, como la experiencia nos lo enseña; de todo lo qual nada se prueba acerca de ser legitimo, y justo el precio que dan por ella. Tampoco se ha de graduar de justo en las raices el que resulte de los instrumentos, ò escrituras de venta, aunque muchas ventas se hayan hecho por uno mismo, especialmente si desde que se celebraron transcurrieron diez años, porque despues de tanto tiempo se congetura alterado, y mudado su valor, por lo que nada prueban en quanto à él; y lo propio milíta en las muebles, que se deterioran con el uso, pasados tres años. (1)

78 Para excluir la querella de inoficioso testamento, se debe atender al valor que los bienes tenian al tiempo que murió el testador. (2) Para ver si queda à los hijos su legitima, ò à los herederos extraños la *quarta falcidia* que el derecho les concede quando el testador hizo tantas mandas que nada les queda que heredar, se ha de observar lo propio, porque aunque despues tengan incremento, ò decremento los bienes que dexó, no crecen, ni decrecen la legitima, ni quarta. (3)

79 Pero para el solo efecto de partir los bienes entre los herederos, se ha de atender siempre al valor que tienen quando se hace la division, (4) porque como desde la muerte hasta ésta pueden aumentarse, y disminuirse,

(1) Valasc. consult. 43. cit. n. 28. Bart. in leg. 2. Cod. de Rescindend. vendit. & in leg. Si servus 14. ff. de Condition. furtiv. post. decis. 206. n. 14. y decis. 208. n. 7. Mascard. conclus. 657. Guerreir. ibi. ex n. 37. al 41.

(2) Ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. ley In quantitate, ff. ad leg. Falcid. & ibi. DD.

(3) Leyes 1. y 3. tit. 11. Partid. 6. Guerreir. dicho cap. 11. n. 58.

(4) Ley Prætia rerum cit. y ley Servos 34. ibi: *Tempore divisionis æstimatos*, ff. Familiæ erciscundæ.

se, debe pertenecer proporcionalmente à los herederos el incremento, y decremento de ellos, y el daño, ò utilidad de qualquiera cosa sigue à su dueño: (1) y como si intermediaron muchos años, y se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos, y beneficiados otros, porque unos bienes se habrán mejorado, y otros empeorado: por eso se debe atender al de la division, lo qual no sucede en los dos casos primeros, pues se deducen del monton, ò cumulo de bienes la legitima, y falcidia, por lo que no hay la referida contingencia. A mas de que en la particion se celebra entre los herederos cierta especie de venta, ò tácita permuta de la porcion que se les aplica: y como todos tienen derecho à todos los bienes proindiviso, y quedan respectivamente obligados à eviccion, segun diré en el capitulo ultimo del libro segundo de este tratado, se debe tener consideracion por lo mismo al valor que tienen quando se venden, ò permutan, y no al que tuvieron antes. (2)

80. Tan facil, y propenso à disentir es el juicio humano, (3) que si posible fuese preguntar à cada uno, sería tal vez tanta la diversidad de pareces, quanto el numero de preguntados, porque la de animos sigue regularmente à la de los cuerpos, y aspectos, como dice el derecho: (4) y à no poner la ley fin à los negocios, no se vería

(1) Ley Quæ fortuitis, Cod. de Pignoratit. action. ley Si id, quod donatum 28. ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley Si familiæ 14. Cod. Familiæ erciscundæ, ley 2. Cod. de Rescindend. vendition. ley In lege Falcidia, ff. ad leg. Falcid. y dicha ley Prætia rerum, Guerreir. ibi. n. 59. y 60. Valasc. dicho cap. 10. n. 8. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 7. al 9.

(3) Cap. Sæpe in Sacramentis 151. distinct. 4. §. Si possint, de Consecration.

(4) Ley Item si unus 17. §. Principaliter 6. ff. de Recept. arbitr. y ley Quia poterat 4. ff. ad Trebellian.

ra su éxito. (1) Lo qual proviene, no de los legisladores, pues estos intentaron, y quisieron que nos conformasemos con lo justo, sino de nosotros, que en vez de conformarnos con su sana, y loable intencion, engañamos, y somos engañados; y queriendo aclarar las leyes que crearon, añadimos dudas à dudas con nuestras interpretaciones; (2) y asi dixo muy bien nuestro Seneca en la Epistola 88. *Omnia dubio, & disputationi subjecta esse.* Por cuya razon en materia de tasaciones para en el caso de que los tasadores, ò peritos discordasen en las que hiciesen, proveyó de remedio el derecho, y es, que los interesados elijan tercero: y no conformandose en el que ha de ser, lo nombre el Juez por su contumacia, y que valga lo que execute la mayor parte de los electos; (3) previniendo, que el tercero electo, ya lo nombren las partes de conformidad, ò el Juez por su discordia, ò contumacia, no debe ser recusado, ni admitida su recusacion sin expresion, y justificacion de causa superveniente al nombramiento, ò si era anterior, ignorada por el recusante, por ser maliciosa, y como tal repelible.

81 Si todos los nombrados, y el tercero están discordes, puede el Juez interponer su voto, y arbitrio, y seguir el de aquel, que mas arreglado, y verosimil le parezca, ò elegir un medio proporcional, juntando las sumas de los tres, y deduciendo de su total el tercio, el qual será el precio justo de la cosa: v. g. uno la tasa en cinco, otro en diez, y otro en quince, cuyas tres partidas componen treinta, y de estos el tercio son diez, los quales son el

(1) Glos. in dict. leg. Item si unus.

(2) Suar. consil. 5. n. 9. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. fin. n. 3.

(3) Dicha ley Item si unus, y §. Principaliter, Guerreir. lib. 1. y cap. fin. dichos n. 13. Morquech. lib. 1. cap. 4. n. 10.

el justo valor de ella. Y si los interesados creyendo que es corta, ò excesiva la tasacion, resisten tomar la cosa por ella, pueden echar suertes para su aplicacion, y se adjudicará al que toque; ò venderla, y repartir su precio, que es lo mas seguro, con lo qual se extirpa todo dubio, y evitan pleytos, y discordias. (1)

82 Lo que se dificulta es, ¿si el tercero deberá conformarse con uno de los dos perítos, ò podrá apartarse de ambos dando su dictamen separado? Y regularmente hablando, no está abligado contra su propio juicio à seguir el de los otros, porque sean mas en numero, (2) y mucho menos asistiendole razon contraria potisima, y convincente, como sabiamente dixo el Emperador Justiniano en la ley 1. Cod. *de Veteri jure enucleando*, §. 6. ibi: *Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius, & æquius est, judicatote, cum possit unius forsitan, & deterioris sententia, & multas, & mayores in aliqua parte superare*, ni tampoco porque sean de alta dignidad, y él de inferior, pues no están vinculados à la dignidad, ni grandeza el saber, ni à la pequeñéz el ignorar, y muchisimos necios, è indignos están sublimados, y llenos de orgullo, y preocupacion, y los cientificos, y de conocido merito abatidos, como lo dicen las Sagradas letras, (3) y la experiencia nos lo enseña.

83 Pero si las partes nombraren à los perítos, y al tercero, deberá conformarse éste con el parecer de uno de los dos que estime mas arreglado, y no hacer valuacion

(1) Valasc. de Partition. cap. 9. n. 14. al 16. Ayor. part. 1. cap. 4. n. 7. y 8. Morquech. ubi sup. n. 21. al 23. Guerreir. ubi proxime n. 33. al 35.

(2) Bart. in leg. *Diem proferre*, §. *Si plures* 3. ff. de Recept. arbitr. Pinel. & alii relati à Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 1. §§. 5. y 7. n. 113. y 115. Guerreir. dicho lib. 1. y cap. fin. n. 16. al 18.

(3) Ecclesiast. cap. 10.

cion por sí, dando precio, ò valor distinto à las cosas en que discordaren: y la razon es, porque una vez que las partes los nombraron à todos desde el principio, y no concordaron en uno solo, es visto haber querido que éste no hiciese oficio de tasador, sino que expresase qual de los pareceres de los otros era mas conforme à razon, y se conviniese con él, para que hubiese dos concordes en una suma, y juicio, como desde el principio fue su intencion por el hecho de elegir dos, y no uno solo; por lo que no deberá hacer oficio de tasador verdadero, sino propiamente de tercero arbitrador, y componedor: (1) y para quitar toda duda se hará en él el nombramiento con la expresion de que sea para el efecto referido, y no otro.

84 Si hay muchos perítos, y todos discordan entre sí, para saber à quienes se debe dar credito, se distinguen siete casos. El primero, quando son desiguales en numero, en cuyo caso se ha de creer al mayor numero. El segundo, quando los perítos, è imperítos discordan; pues se debe seguir el parecer de los perítos, aunque sea mayor el numero de los imperítos. El tercero, quando algunos perítos discordan en el mismo numero de otros igualmente perítos; pues se debe estar à los que deponen lo mas verosimil. El quarto, quando entre los perítos es omnimoda la igualdad, asi respecto del numero de los discrepantes, como de la pericia, y verosimilitud; pues se debe creer à los que deponen à favor del reo. El quinto, quando muchos perítos contradicen al mas perito; en cuyo caso se ha de dar credito à aquellos, y no à éste. El sexto, quando los perítos discordan en igual numero de los mas

(1) Valasc. de Partition. cap. 9. n. 10. Guerreir. dicho cap. fin. n. 36. Pacian. de Probation. lib. 1. cap. 47. n. 108. Ciriac. controvers. 159. n. 5.

mas perítos, pues se ha de creer à estos, y no à aquellos; y la mayor pericia se prueba, v. g. por estar uno doctorado, y otro no: ò por hallarse mas versado en el exercicio, de que se controvierte. Y el septimo, quando uno es anciano, y otro joven, pues mas perítos se presumen los antignos en el arte, que los modernos. De lo qual tratan con mas digresion *Fluvio Pacian. de Probation. lib.* 1. *cap.* 47. *ex n.* 159. *al* 73. *Alciat.* y *Aretin. en la ley* 1. §. fin. ff. *de Verbor. obligat. Mascard. conclus.* 1034. y otros, à quienes puede ver el Legista, pues al Contador lego no le importa.

85 De lo expuesto se deduce, que los perítos ancianos en igual numero deben ser preferidos à los jovenes tambien perítos, (1) y los prácticos à los theoricos: y asi siempre se debe tener presente la práctica, y no apartarse de ella, porque es la maestra de las ciencias, y la mejor interprete de la ley: (2) por lo que vienen al intento el dicho de Ciceron *lib.* 1. *Officior. cap.* 22. ibi: *Neque medici, neque imperatores, neque oratores, cujuscumque artis præcepta præceperint quidquam magna laude dignum sine usu, & exercitatione consequi possunt.* El de Plutarco, ibi: *Bellandi peritiam docet, qui sæpe militat.* y el de Quintiliano: *Plus usus sine doctrina, quam doctrina sine usu valet.*

86 Los perítos, y el tercero, ya sean electos por las partes, ò por el Juez, no pueden delegar su oficio en otro: Lo primero, porque ningun texto les concede esta potestad.

(1) Præposit. in cap. Litteras, de Frigid. & maleficiat. Guerreir. ibi. n. 56. y 57.

(2) Ley Minime 23. ff. de Legib. cap. Quam sit de Election. y cap. Statutum de Rescript. in 6. Roland. consil. 2. n. 8. vol. 2. y consil. 4. n. 22. vol. 3. Cravet. consil. 91. n. 7. Angel. in leg. 1. §. Hæc stipulatio, ff. Si cui plusquam per leg. Falcid. Guerreir. dicho lib. 1. y cap. fin. n. 58. hasta el fin.

tad. Lo segundo, porque deben jurar que harán la tasacion *ex bono*, *& æquo*, por lo que por sí, y no por otro han de cumplir lo que juran. Y lo tercero, porque su oficio es personalisimo, y para exercerlo fueron electas su habilidad, conciencia, y bondad por la confianza que de ellos tenian los interesados. (1)

87 Procediendo con injusticia en la tasacion los perítos, valuando en poco lo que vale mucho, ò al contrario, ya sea por impericia, malicia, ò soborno de alguno de los interesados, competen al agraviado tres remedios para ser desagraviado. El primero, pedir por via de quexa reduccion à arbitrio de buen varon contra la tasacion ante el Juez ordinario que conoce del negocio, implorando su noble oficio en caso que no la haya aprobado, ò confirmado. El segundo, si la aprobó, apelar de su providencia dentro de los cinco dias de la ley para ante el competente superior. Y el tercero, pujar los bienes, ofreciendo por ellos aumento de precio. (2)

88 Para que el Juez defiera à la reduccion à alvedrio buen varon, no basta que un solo heredero afirme que la tasacion es injusta, si otro lo contradice, pues en igual numero se ha de estar por el que la defiende, y regularmente se cree à los tasadores, porque como perítos, è imparciales tienen à su favor la presuncion de haber evacuado

(1) Ley Inter artifices 31. ff. de Solutionib. Alberic. in leg. Item si unus 17. §. Item si plures 2. n. 9. vers. Item quæro, ff. de Recept. arbitr. Guerreir. de Inventar. lib. 1. y cap. 11. dichos n. 77. Morquech. dicho cap. 4. n. fin. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 6.

(2) Ley Unde si Neruæ 79. ff. Pro socio, ley Cum hi quibus 8. §. Transactiones alimentorum, ff. de Transactionib. ley ultim. Cod. de Usur. pupillarib. Bart. & alii DD. in leg. Societatem 76. ff. Pro socio, Guerreir. de Inventar. lib. 2. cap. 1. 2. y 3. n. 1. Valasc. de Partition. cap. 9. n. 37. Morquech. dicho cap. 4. n. 16. Ayor. dicho cap. 3. n. 26. Capic. decis. 36.

do fielmente su oficio mientras no se acredite plena, y claramente lo contrario, y mas habiendo precedido (como debe preceder) su juramento de practicarlo asi: cuya presuncion transfiere contra el reclamante la obligacion de probarlo; por lo que si el que impugna la tasacion consiente que se le apliquen los bienes por el mayor precio que dice tienen, debe ser oído, y en otros terminos no, por presumirse maliciosa su asercion. (1)

89 Siendo pobre el heredero que impugna la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convienen en que se apliquen por el precio de la tasa, tiene accion à valerse de un tercero extraño que lo dé al instante: lo qual no pueden contradecir los coherederos, porque es beneficio comun de todos. Pero si uno de ellos los quiere por el tanto, es preferido como participe, y comunero al extraño. (2) Advirtiendo, que éste no será admitido, aunque ofrezca mas precio por los bienes de la herencia, excepto que lo consientan todos los participes, ò à lo menos uno, el qual basta para compeler à los demás à que los pujen, ò lo admitan. (3)

90 Vendiendose por algun motivo ciertos bienes de los inventariados luego que se tasan, y dando por ellos al contado uno de los herederos menor precio que el de su tasa, ò queriendo tomarlos por él en cuenta de su haber, debe ser preferido al que ofrece mas al fiado à pla-

zo

(1) Viv. decis. 271. Pacian. consil. 162. n. 225. y 237. Morquech. dicho cap. 4. n. 11. al 15. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 2. n. 21. al 26.

(2) Ley Ad officium, Cod. Communi dividund. & ibi DD. Ayor. dicho n. 26. Valasc. de Partition. cap. 22. n. 9. y 10. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 3. n. 9. y 12.

(3) Valasc. de Partition. cap. 11. n. 7. Guerreir. dicho cap. 3. n. fin.

zo cierto. (1) Lo qual se entiende, excepto que todos los demás interesados quieran darlos al fiado por su cuenta, y riesgo al coheredero en los terminos que propone, ò que afiance à su satisfaccion, pues entonces esto se observará. (2)

91 Quando una heredad, ò cortijo, que tiene muchas fanegas de sembradura, y algunas de mejor calidad que otras, se tasó no por un tanto, sino à tanto cada fanega una con otra, y uno de los herederos puja algunas, señalando el parage de su situacion, no se debe admitir esta puja, ò mejora, pues debe pujarlas todas, ò ninguna, porque en las cosas connexas, è inseparables ninguno puede aprobar una parte, y reprobar otra, antes bien debe aprobarlas, ò reprobarlas en el todo. (3)

92 Milita, y procede lo expuesto en el numero inmediato, quando la heredad no tiene commoda division, ò por dividirla se corrompe el patrimonio, ò herencia, ò hay causa justa para no dividirla: (4) pues cesando estos motivos, pueden los herederos, y qualquiera de ellos reclamar la tasacion, y pretender que se aprecien nuevamente con separacion las fanegas de tierra, segun su calidad, y bondad. Lo primero, porque no se puede hacer igual

(1) Ley In lege Falcidia hoc observandum, & ibi. DD. ff. ad leg. Falcid. ley A Divo Pio, §. Sed si emptor 7. ff. de Re judicat.

(2) Arg. Text. & quæ notant Doctor. in cap. Quia propter, §. Vel saltem, & ibi glos. verb. Vice omnium de Elæction. & in cap. In causis eod. tit. & in cap. Cum omnes de Constitution. & in regul. Quod omnes tangit de Regul. jur. in 6. Post. inspect. 35. n. 245. y 246. Valasc. dicho n. 7. y cap. 11. Guerreir. dicho cap. 3. n. 16. al 18. lib. 2.

(3) Arg. leg. Cum ejusdem, ff. de Ædilitio edict. y ley Mævius, §. fin. ff. Familiæ erciscund. Ayor. dicho cap. 3. n. 34. Morquech. dicho cap. 4. n. 17. Guerreir. dicho cap. 3. n. 21. al 23.

(4) Glos. in leg. 2 Cod. Quando, & à quibus, Sr. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 15. Partid. 6. glos. 1. Guerreir. ibi. n. 26. Morquech. ibi. n. 18.

igual la division à causa de ignorarse à qual de ellos se adjudicará, y si le cabrá, ò no toda la heredad, ò à todos tendrá, ò no cuenta el llevarla integra, ò solamente su parte en ella. Lo segundo, porque de lo contrario aunque la valuacion sea cierta en el total de la heredad, es incierta, obscura, y confusa respecto de cada una de las fanegas que comprehende. Y lo tercero, porque los tasadores deben hacer clara, y distintamente la tasacion en el todo, y parte de lo que valúan, y mucho mas, quando es commodamente divisible. (1)

93 La puja, ò mejora en algunos bienes de la herencia se ha de hacer luego que están tasados, y antes que se proceda à su division, porque entonces à ninguno se irroga detrimento, antes sí utilidad à todos en que crezca su valor; pero despues de hechas las adjudicaciones no se debe admitir, porque se perjudica al coheredero à quien se aplicó, y es visto que el licitante, ò pujante lo hace por emulacion; lo que no haria à haberle tocado. Y lo mismo procede, quando antes de la division se comunicó à todos la tasacion, y nada dixeron contra ella, ni hicieron mejora en bienes algunos, pues tampoco se debe admitir por la propia razon, y por haber espirado el tiempo en que debieron impugnarla, pues por su silencio es visto haberla consentido, y aprobado. (2)

94 Estando cerciorados los herederos del aprecio de los bienes de la herencia, y hecha à cada uno su respectiva aplicacion, ninguno, aunque sea menor, puede reclamar la tasacion con pretexto de haber sido leso en alguna

(1) Guerreir. ibi. n. 24. y 25. Morquech. ibi. n. 18. al 20.

(2) Arg. leg. Si eo tempore, Cod. de Remis. pignor. & ibi. DD. & in regul. Qui tacet de Regul. jur. lib. 6. Valasc. de Partition. cap. 11. n. 8. y 9. Guerreir. dicho cap. 3. n. 30. y 42. al 44. Ayor. ibi. n. 30. y 31.

na alhaja, ò finca, cuyo valor está subido: y asi no obstante el privilegio de menor edad no será restituido. Lo primero, porque hizo lo que el mayor diligente, è instruido haria, que fue, consentir el aprecio, como lo consintieron los coherederos. Lo segundo, por la incertidumbre, pues se ignoraba à quien tocaria la alhaja: por cuya incertidumbre, y casualidad se admiten, y permiten muchas cosas, que à no intervenir, no se admitirian. (1) Y lo tercero, porque el que por la convencion, ò pacto puede conseguir daño, ò utilidad, no se debe titular leso, pues el daño que padece es eventual, y asi se compensa con la utilidad que podia experimentar. (2) Por cuyas razones, quando de algun negocio puede resultar ganancia, ò pérdida, no se debe pedir, ni aunque se pida, admitir nulidad, restitucion, rescision, ni otro remedio por la lesion que haya habido. (3) Lo qual se entiende, aunque por suerte le haya tocado la alhaja, porque en la suerte à nadie se grava (4) si se hace sin fraude.

95 Si una alhaja estuviere evidentemente apreciada en mucho mas de lo que justamente vale, no hubiere otras tan subidas, y los Contadores la adjudicaren integra à uno de los herederos sin sortearla, puede aquel à quien se aplicó, ya sea mayor, ò menor de edad, reclamar por via de que-

(1) Ley 1. Cod. de Pact. ley de Fideicommisso 11. Cod. de Transaction. ley Si ea leg. Cod. d. Usur. y ley Si pater, Cod. de Inofficios. testam. Guerreir. ubi proxime. Ayor. dicho n. 31. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 4. Morquech. lib. 1. cap. 11. n. 37.

(2) Salicet. in lege 1. Cod. de Pact. Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. verb. Donatione largitas, Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Partid. 5.

(3) Ley Si jactum retis 12. ff. de Action. empti, ley Nec emptio, ff. de Contrahend. emption. y dicha ley de Fideicommisso, Sr. Olea de Ces. jur. tit. 6. quæst. 10. Ciriac. controvers. 1.

(4) Ley fin. Cod. Communia de Legat. ley 2. Cod. Quando & quibus quarta pars Morquech. lib. 1. y cap. 11. dichos n. 37. cit.

querella la adjudicacion, y pedir reduccion à alvedrio de buen varon ante el Juez ordinario, à fin de que le desagravie, repartiendo el importe del exceso entre los coherederos, ò haciendo que cada uno de estos le supla la parte que toca; (1) pues quando los arbitros dañan gravemente en su sentencia, se conceptúa proceden con dolo, y los que los eligieron no están obligados à pasar por ella por esta presuncion, (2) y mucho menos no siendo arbitros con jurisdicion estos apreciadores, sino unos meros perítos.

96 Aunque los aprecios de los tasadores electos por los herederos no perjudican regularmente à los acredores, ni legatarios del difunto, (3) no es tan corriente esta conclusion, que no padezca alguna excepcion, y limitacion; y asi distinguiendo digo, que si los herederos hicieron voluntariamente entre sí con la viuda de su instituyente la particion sin autoridad judicial, es indubitable que no perjudican à los acreedores, ni à otro tercero, que contra sus bienes tengan accion real, ò personal, (4) la particion, ni valuaciones.

97 Si interviene autoridad judicial à pedimento de alguno de los participes en la herencia, de modo que la particion no es voluntaria, sino necesaria, y los acreedores son hipotecarios reales en los bienes que la componen, tampoco les perjudican los aprecios, ni division, antes bien à su instancia se pueden bolver à tasar judicialmente, y el apre-

(1) Ley Societatem 76. & ibi. Bart. Alberic. & alii, ff. Pro socio.

(2) Ley Arbitrorum 3. Cod. de Recept. arbitr. & ibi. DD.

(3) Ley Is qui fundum, ff. de Usufruct. legat. ley 1. al princip. vers. Cum dicitur, ff. Si cui plus quam per leg. Falcid. ley Julianus, §. Idem Celsus, ff. de Action. empt. y ley Communi dividundo 7. §. Si debitor, ff. Communi dividund.

(4) Dicha ley Julianus, y ley Sicuti, Cod. de Non numerat. pecun. Paul. de Castr. Alberic. y Bart. en la ley Is qui fundum cit.

aprecio, y particion que éstos hicieren con la referida solemnidad perjudicará à los herederos. (1) Pero si los acreedores no tienen accion real contra la herencia, sino mere personal, les perjudica lo practicado por los herederos, no habiendo intervenido colusion por defraudarlos. (2)

98 Al modo que la tasacion hecha por los perítos que nombraron los herederos, no perjudica à los acreedores, tampoco à los terceros poseedores, en duda de si es, ò no justa; pero sí acreditandose serlo, v. g. en este caso: „ muerto el testador, se aprecian sus bienes à instancia „ de sus herederos por perítos que con la viuda eligen, y „ todos no alcanzan para satisfacerla enteramente su do„ te. La viuda acreditandolo en forma, repite contra el „ tercero poseedor de algunos que su marido la enagenó, „ solicitando se los entregue, ò la complete lo que la fal„ ta de su dote. El tercero alega, que los que dexó su ma„ rido valen mas que lo que por ellos valuaron los perí„ tos, y que la tasacion perjudica unicamente à quien los „ eligió; en cuyo caso, ò se prueba, ò no que es justa la tasacion, ò hay duda. Si se acredita serlo, perjudicará al tercero, y tendrá que debolver los bienes que compró. Sino lo es, se bolverán à tasar, y cubriendo la dote, nada tendrá que reintegrar, pero sí hasta en lo que falte, en caso que no la cubran. Y si hay duda, no le perjudicará, ni à otro acreedor, por lo que se bolverá à hacer, y oirá sobre ello à las partes en via ordinaria. (3)

99 Se ha de inventariar, y apreciar por lo que justamente vale la alhaja que el testador legó à alguno, ya sea hi-

(1) Ley Communi dividundo, y §. Si debitor cit.

(2) Dichas leyes Julianus, y Sicuti, Ayor. dicho cap. 3. n. 35. Guerreir. lib. 1. y cap. 11. dichos n. 80. al 82.

(3) Dicha ley Is qui fundum, ley 1. y vers. Cum dicitur cit. y ley Servos, ff. Familiæ erciscund. Ayor. dicho cap. 3. n. 39.

hijo suyo, ò extraño, aunque dixese que valia menos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese: porque su voluntad no fue legarle todo lo que valia, sino el precio en que la graduó, consignado en ella. Y asi sin embargo de que tiene derecho à que se le entregue como legado especifico, y la llevará dando el exceso, el qual se agregará al caudal comun, y partirá entre los herederos, no obstante, no queriendo entregarlo, cumplirán éstos con darle el valor en que el testador la estimó. (1) En quanto asi los bienes que los descendientes traen à colacion, y particion se han de inventariar, y tasar, ò no, y por qué precio se han de colacionar, ya hayan sido, ò no apreciados quando se les dieron, vease el capitulo 3. §. 3. del libro, y Tomo 2. de este tratado, desde el numero 121. al 125. en donde se explica con distincion, y claridad. Y por lo tocante à los juros, respecto à que teniendo cabimiento, se hacen diferentes deducciones de los intereses primordiales de su constitucion, à cuyo respecto baxan tambien sus capitales: que para estas deducciones hay reglas fixas dadas por su Magestad, ya estén sobre cientos, ò sean de renta antigua, ò moderna, y ya sea para redimir, ò para inventariar, y adjudicar: y que el Contador no debe alterar el inventario, por carecer de potestad para ello, conviene que para no causar perjuicios à los partícipes en la herencia, se saque certificacion de lo liquido de sus capitales, y reditos, y con arreglo à ella se inventarien, y dividan, pues de su omision puede haber agravios, y no se podrán cobrar los reditos.

EN

(1) Ley Si dignum 19. & ibi. DD. y ley In ratione, legis Falcidiæ 30. §. vendere 1. ff. ad leg. Falcid. Ayor. dicho cap. 3. n. 38.

§. IV.

EN QUE PENA INCURRE EL HEREDEro que oculta los bienes de la herencia en perjuicio de los acreedores, legatarios, y coherederos: y cómo se ha de proceder en el juicio de ocultacion.

100 COmo aunque por la confeccion del inventario en los terminos latamente explicados en el num. 16. y siguientes de este capitulo, resulte la presuncion de que no hay mas bienes que los inventariados, se admite prueba contra esta presuncion ¿(1) se duda si por omitir con malicia el heredero poner algunos en él, perderá el beneficio que la ley le concede, y estará obligado à satisfacer à los acreedores sus creditos, y à los legatarios sus legados, y si el inventario se viciará, ò no? Acerca de lo qual hay dos sentencias diametralmente opuestas: la una es afirmativa, y se funda lo primero en que son iguales el no hacer, y el hacer dolosamente, y con ocultacion, ò menos legitimamente. (2) Y lo segundo, porque no siendo el inventario otra cosa que descripcion de todas las que se hallan en la herencia, habiendo dexado de incluir en él algunas de las que halló, no se puede decir que lo hizo, porque segun los lógicos, à quien la

(1) Menoch. præsumpt. 26. lib 6. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 7. n. 14. Ciriac. controvers. 5. y 321. n. 6.

(2) Ley Quoties, & ibi. Jason, ff. Qui satisdare cogant. ley Si autem nullum, Cod. de Legitim. hæredib. cap. Inter corporalia de Translation. cap. Episcopis, y cap. Veniens de Præsbyter. non baptizat. y cap. final. de Restitut. spoliator.

la difinicion no compete, tampoco el definido. (1)

101 La contraria, y mas comun es negativa, y los que la siguen, defienden que à nada de lo dicho está obligado el heredero, por no haber ley que à ello le condene, ni obligue: que segun derecho pierde solamente la quarta falcidia, y por su dolo incurre en la pena del duplo de lo ocultado: (2) que el inventario tampoco se vicia, ni anula, porque quando la ley no procede anulando, sino castigando, ò imponiendo pena, vale el acto: (3) y que el heredero no incurre en la pena *ipso jure*, pues se requiere sentencia, por la qual se le declare incurso. (4)

102 Supuesta como legal la opinion negativa, digo, que para que el heredero extraño, que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en la pena del duplo de lo omitido, ù ocultado, y pierda la quarta falcidia que el derecho le concede, deben concurrir precisa, y copulativamente tres cosas: La primera, que el que alega la ocultacion, especifique con individualidad los ocultados, y no inventariados. La segunda, que pruebe haberlos ocultado el inventariante con cierta ciencia, dolo, y malicia. Y la tercera, que pruebe igualmente existian en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta

(1) Fachineo lib. 4. Controvers. cap. 37. Ceball. in Pract. quæst. 131. n. 3. Cancer. lib. 1. Var. cap. 11. n. 9. y lib. 3. cap. 2. n. 51. Tnesaur. lib. 1. quæst. 10. n. 16. y 18. Barbos. in Authent. Sicut alienatio, Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 4.

(2) Ley 9. tit. 6. Partid 6. & ibi. glos. 1. vers. Adde etiam, ley final, Cod. de Jure deliberand §. Licentia data, y Authent. de Hæredibus, & falcidia cap. 2. vers. Sancimus igitur, & ibi glos.

(3) Paul. de Castr. in dict. leg. fin. Decio consil. 633. n. 1. Ayor. part. 1. cap. 2. n. 21. Surd. decis. 222. n. 10. y 13. Menoch. consil. 471. y 721. Guerreir. de Inventar. lib. 1. cap. 9. n. 3. 4. 5. 10. y 128. al 130. Ciriac. controvers. 326. n. 4. Cardos. in Prax. verb. Lex numer. 17.

(4) Pereir. decis. 55. n. 1. Reynos. observat. 30. Guerreir. dicto cap. 9. n. 141. y 142.

ta que lo estuviesen poco antes, porque por el que hace el inventario está la presuncion de que no existian mas entonces, la qual transfiere en el contrario el gravamen de justificar su existencia al mismo tiempo; (1) y concurriendo estos tres requisitos, y no de otra suerte, incurrirá en la pena. (2)

103 No solo por testigos de vista se puede hacer la prueba de ocultacion, sino por presunciones, y congeturas, y por testigos de oídas à otros, si en ellos, y en sus dichos concurren las circunstancias que en semejantes casos se requieren, porque la ocultacion se hace con gran cautela, secreto, y seguridad: y como el dolo está escondido en el animo, es muy dificil probarlo directa, y paladinamente, (3) al modo que la ciencia verdadera se prueba tambien por presunciones, y congeturas. (4)

104 La prueba que haga el que alega la ocultacion, ha de ser de dolo verdadero, pues no basta el presunto. Se llama dolo verdadero el que resulta, y se prueba de la presuncion necesaria, v. g. en los delitos de hurto, adulterio, homicidio, y otros actos, en los que es preciso concluir que el que los hizo, ò cometió, fue porque asi lo qui-

(1) Valasc. de Partition. cap. 8. n. 45. al 47. Pegas ad Ordin. lib. 1. tit. 87. §§. 4. 6. 7. y 9. Guerreir. cap. 9. cit. n. 21. al 23. n. 44. al 49. y n. 163. Gamm. decis. 148.

(2) Ley Dolum, Cod. de Dolo malo, ley Quoties, §. Qui dolo, ff. de Probation. cap. Afferte de Præsumption. Gracian. Discept. forens. cap. 998. n. 12. Durand. decis. 387. n. 23.

(3) Dicha ley Dolum, ley Si procuratorem, §. Dolo, ff. Mandati, ley Quia autem, §. Non simpliciter, ff. Si quis omissa causa, Cap. 2. de Renuntiation. in 6. Tiber. Decian. in Tractat. criminal. lib. 1. cap. 4. n. 14. Guerreir. dicho cap. 9. ex n. 108. al 124. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. n. 5.

(4) Ley Optavius, ff. Unde cognati, ley de Tutela, Cod. de Restitut. in integr. Cravet. consil. 93. n. 19. y consil. 179. n. 1. Seraphin. decis. 1459. Noguerol allegat. 11. n. 132. Conciol. allegat. 3. n. 28. Ciriac. controvers. 519.

quiso con toda premeditacion, y deliberacion, y que no puede ser de otra suerte, porque hubo de su parte culpa latisima, y toda malicia. (1)

105 Dolo presunto es aquel, en que interviene culpa lata, ò negligencia supina, v. g. si el que tiene en su poder alguna alhaja depositada, la dexa de noche en el camino, ò de dia, pero en lugar por donde transitan muchos, ò sino paga pudiendo, ò no restituye lo que sabe está debiendo, ò no es suyo; en cuyos casos, y otros semejantes aunque se puede, y debe creer que el delinquente lo hizo con animo determinado, no obstante, como cabe, y no repugna el que hubiese intervenido olvido, ignorancia, ù otro motivo, ni se deduce necesariamente que tuvo voluntad deliberada, y malicia de practicarlo asi, se llama dolo presunto, porque los indicios, y presunciones no son manifiestos, sin embargo de que no aparece causa justa. (2)

106 Se eximirá de la pena de ocultacion el heredero, si se reservó, y protestó aumentar al inventario todos los bienes que llegase à su noticia ser pertenecientes al difunto: porque esta reserva, y protesta excluyen el dolo, y malicia que de su no inclusion se podia arguir contra él, (3) por ser propio de su virtud conservar el derecho del que la hace: (4) por lo que estando hecha, si el que omitió

(1) Bart. in leg. 1. §. Nuntiatio n. 204. ff. Novi operis nuntiation. Alex. consil. 103. n. 13. Roman. consil. 4406. n. 12. Cravet. consil. 35. n. 12.

(2) Nata consil. 12. lib. 1. n. 2. Plot. de In litem jurand. §. 50. n. 30. Phanuc. part. 2. memb. 2. n. 58. y 76. Guerreir. de Inventar. lib. 1. y cap. 9. dichos ex n. 14. al 20. Afflict. decis. 360. n. 8.

(3) Valasc. dicho cap. 8. n. 48. y consult. 52. n. 17. Surd. decis. 222. Hondend. ad Surd. decis. 120. Gamm. decis. 148.

(4) Silv. Maldonad. Respons. jur. respons. 2. Franz. de Protestat. Pegas ad Ordin. in leg. 1. tit. 87. §. 9. n. 6. y 61.

tió poner algo en él lo añade luego que lo sabe, queda relevado de la pena, (1) y mucho mas interviniendo tambien juramento de no tener noticia de otros bienes, creditos, ni efectos.

107 Lo qual se entiende siendo en la realidad asi, y teniendo ignorancia; pero si cesare ésta, y por presunciones, ò congeturas veementes, y mas urgentes se probare que la omision fue maliciosa, y dolosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, respecto convencersele de su dolo: (2) y mucho menos, si habiendosele notificado que aumente, y ponga en el inventario tales bienes determinados que se le señalan, no quiere, y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador existian en su herencia; pues aunque sea menor, una vez que se le interpeló, y no obedeció, incurrió en la pena, y se constituyó en el verdadero, y rigoroso dolo: y con el que de éste es convicto, no se debe usar de indulgencia. (3)

108 En el juicio de ocultacion se ha de proceder ordinariamente, bien que por procederse de otro modo no se anúla el proceso; pero por él no se debe suspender la particion de los bienes inventariados. (4) Y si el interesado que sabe la ocultacion, no quiere por evitar el escandalo, ò por otros motivos deducirla en juicio, puede implo-

(1) Bald. in leg. fin. §. Cum igitur, & in Authent. Sed cum testator, C. d. ad leg. Falcid. Surd. dicha decis. 222. n. 22. y decis. 261. n. 45. Guerreir. dicho cap. 9. n. 63. al 65.

(2) Gamin. dicha decis. 148. n. 3. & ibi. Flores. Valasc. consult y n. cit. Pegas ibi. n. 31. Conciol. de Hærede solvente debita defuncti artic. 1. n. 307. Iranz. ibi. cap. 72. Guerreir. ibi. n. 69. y 70.

(3) Vela disert. 26. n. 79. Menock. de Arbitr. lib. 2. cas. 120. y 461. Pegas dicho §. 9. n. 23. 31. y 36. Cravet. consil. 193. n. 2. Guerreir. ibi. n. 87. al 89.

(4) Valasc. de Partition. dicho cap. 8. n. 45.

plorar el oficio del Juez, y pedir que tales bienes (señalandolos) que no se inventariaron, se inventaríen, y dividan, y el Juez debe compeler à ello al que los ocultó; (1) aunque lo mas seguro es, que pida se aumenten al inventario por haberse ocultado, pues entonces en qualquiera tiempo será oído, no obstante toda prescripcion, por la mala fé del ocultante. (2)

109 ¿Pero se duda ante qué Juez se ha de intentar el juicio de ocultacion? Y se responde, que antes de hacerse la particion, debe promoverse ante el que conoce, y entiende en el de testamentaría, que como principal atrae à sí à todos los incidentes connexos, y correspondientes à su perfecta evacuacion, de tal suerte, que si ante otro se promueve, le debe remitir éste los Autos como accesorios del principal negocio; pero hecha, y aprobada la particion, se puede intentar ante él, ò ante otro del fuero del ocultante, porque ya el de la testamentaría *functus est officio suo* por haberse concluido ésta, y no haber quedado cosa pendiente. (3)

110 La accion de ocultacion en quanto à incidir en la pena, no se transfiere contra los herederos del ocultante, porque es penal, y no cometieron el delito; (4) y sí unicamente en lo concerniente à perseguir lo ocultado para reivindicarlo, porque la accion persecutoria pasa contra ellos. (5) Lo qual se limíta, y entiende, excepto que con el ocultador se haya contextado la litis, pues en es-

(1) Guerreir. ibi. n. 167. Valasc. ibi. n. 48.

(2) Valasc. ibi. n. 50. Guerreir. ibi. n. 143. al 146.

(3) Avonc. allegat. 95. Guerreir. ibi. n. 168.

(4) §. 1. Institut. de Perpetuis, & temporalib. action. ley 1. ff. de Privat. delict. ley Licet 38. y ley Pupillum 111. ff. de Regul. jur.

(5) Ley 7. §. fin. ff. Depositi, ley 12. y ley Ex contractibus 49. ff. de Obligation. & action. y ley Ad ea 157. §. ultim. ff. de Regul. jur. Pegas dicho §. 9. n. 75.

este caso pasa contra ellos tambien en quanto à la pena: (1) y la razon es, porque en juicio se contrae à veces nueva obligacion de lo juzgado. (2)

111 No incurre en la pena de ocultador el heredero del difunto, quando el inventario se hizo por algun criado suyo, y sin su ciencia, ni consentimiento omitió incluir en él algunos bienes: pues por no haber cometido delito en la omision, no se le debe castigar aunque estuviese en la misma casa. Ni tampoco quando el inventario no se hace por el mismo heredero, sino por Procurador, ò Ministro suyo, como regularmente acontece à los Proceres, ò Magnates, cuyos criados mayores, ò Apoderados lo formalizan sin su intervencion: pues en estos casos no se presume haber cometido dolo en la omision de lo no inventariado. (3)

112 La pena de ocultador en que incurre el heredero, no se estiende al poseedor, que como tal, y no como heredero formaliza el inventario: Lo primero, porque la ley fin. Cod. *de Jure deliberandi*, que la impone, solo habla de aquel, y no de éste, como se prueba de su §. 10. que dice: *Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam à defuncto derelictam, quam hæres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, appro-*

(1) Dicho §. 1. Institut. de Perpetuis, ley Omnes 26. ley Sciendum 58. ff. de Obligation. & action. ley Pænalia 164. ff. de Regul. jur. y ley unica, Cod. ex Delict. defunctor. y ley 20. tit. 14. Partid. 7.

(2) Ley 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio. Pegas dicho §. 9. n. 107. Mendez de Castr. in Prax. part. 2. cap. 3. n. 6. Reynos. dicha observat. 40. Guerreir. dicho cap. 9. ex n. 132. al 135.

(3) Card. de Luc. Theat. verit. Tom. 9. tit. de Hærede, & hæreditate discurs. 20. n. 12. y discurs. 22. n. 17. Guerreir. cap. cit. n. 136. y 137. Pegas dicho §. 9. n. 26.

probare, vel per tormenta forsitan servorum hæreditariorum secundum anteriorem nostram legem, quæ de quæstione servorum loquitur, vel per Sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint; ut undique veritate exquisita neque lucrum, nec damnum aliquod hæres ex hujusmodi sentiat hæreditate: illo videlicet observando, ut si ex hæreditate aliquid hæredes subrripuerint, vel celaverint, vel ammovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur. Y lo propio sucede à la ley 9. tit. 6. Partid. 6. ibi: *Maliciosamente faciendo el heredero inventario, encubriendo, ò furtando alguna cosa de los bienes del testador: si esto le fuere probado, debe pechar doblado tanto quanto encubrió, ò furtó à aquellos que debian recebir algo de los bienes del muerto.* Y lo segundo, porque siendo como es penal, no se debe ampliar à los poseedores, ni à otros que no menciona, ni comprehende. (1) En quanto à cómo se puede proceder contra los ocultantes, vease à *Pegas* al principio *Ordin. lib.* 1. *tit.* 50. *glos.* 2. *ex n.* 3. *al* 18. y à otros.

113 Si despues de aceptada la herencia substrae, ò quita uno de los herederos algunas cosas de ella, no es visto haberlas substraido con animo de hurtarlas, y defraudar à los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho à ellas pro indiviso, y se contempla quasi dueño: por lo que contra él no se concede à los coherederos la accion llamada en latin *expilatæ hæreditatis*, (que es especie de crimen de hurto) ni la de ocultacion que à los acreedores compete en los casos referidos, sino la de *familiæ erciscundæ*, por la qual pueden in-

(1) Ley Factum cuique, §. In reit. ibi. n. 139.
pænalibus, ff. de Regul. jur. Guer-

indemnizarse, y recuperar las cosas substraidas, ò su importe, pretendiendo las debuelva al acerbo de la herencia para su repartimiento, ò se le imputen en su haber, y no cabiendole, restituya el exceso, como se prueba de la ley 3. Cod. *Familiæ erciscundæ*, que dice: *Adversus cohæredes tuos dividendæ hæreditatis judicio secundum juris formam experire: judex datus si quid à cohærede etiam tuæ portionis ex hæreditate sublatum fuerit probatum, factis adjudicationibus secundum juris formam eum tibi condemnabit; expilatæ enim hæreditatis crimen frustra cohæredi intenditur, cum judicio familiæ erciscundæ indemnitati ejus prospiciatur.* Y lo propio milita por las mismas razones para con la muger, y consocio, pues tampoco pueden ser reconvenidos por dicha accion, (1) porque son dueños del todo en igual forma.

114 Estando yacente, ò sin aceptar la herencia, à causa de hallarse ausentes los herederos, ò ignorar que lo son, ò por otro motivo, si algun otro substraxere, ù ocultare bienes de ella, aunque no se le podrá reconvenir por dicha accion; pero sí condenarle el Juez à que restituya lo que tomó con los frutos percibidos, è imponerle la pena de destierro, si es noble, y no siendolo, la de trabajar en las labores del Rey, como lo dispone la ley 21. *tit.* 14. *Partid.* 7. Por lo tocante al modo de formalizar el inventario, y estender sus diligencias, vease el cap. 10. que es el ultimo del lib. 2. de este tratado.

CA-

(1) Ley Uxor, ff. y ley Adversus uxorem, Cod de Crimine expilatæ hæreditat. ley Quamvis, Cod. de Part. ley Merito 51. ff. Pro socio, leyes 6. y 17. tit. 10. Partid. 5. y ley 4. tit. 14. Partid. 7. glos. in leg. 3. verb. Ordinarii, ff. de Crimin. expilat. hæreditat. Guerreir. de Division. cap. 16. per tot. lib. 8.

CAPITULO II.

DE LA DIVISION, Y FORMA de proceder en ella: de los Contadores, su oficio, y facultades: y cómo han de dividir las cosas individuas, el censo vitalicio personal, y la finca enfiteutica.

SUMARIO.

§. I.

1. ¿*Qué fin se introduxo la division?*

2. ¿*Qué cosa es la division?*

3. 4. ¿*Ante qué Juez se ha de pedir la de la herencia, ya sean Clerigos, ò legos el difunto, y sus herederos?*

5. 6. ¿*Quiénes pueden pedirla?*

7. *Estando ausente alguno de los herederos, ¿quiénes pueden pedir la particion, y cómo ha de proceder el Juez?*

8. *Si los herederos presentes no hacen mencion del ausente, ò el dueño de los bienes divisibles murió intestado, y la particion se hace sin el ausente, ni defensor à sus bienes, no vale en quanto à él, ni le perjudica.*

9. al 12. *No poseyendo uno de los herederos presentes, al tiempo que el ausente viene, la parte que le cupo, por haberla vendido, ò no podido conservarla, ¿si estará, ò no obligado à su solucion, y à la de sus frutos, ya tuviesen buena, ò mala fé los herederos presentes?*

13. *La accion* familiæ erciscundæ *se llama mixta de real, y personal.*

14. *¿Por quánto tiempo prescribe la de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia?*

15. *Para que la particion se entienda hecha entre mayores, ¿qué tiempo se requiere?*

16. *El extraño que compró à uno de los herederos su parte, ha de ser incluido en el juicio divisorio, como lo sería el vendedor.*

17. *Si por delito de uno de los herederos recae la herencia en el Fisco, se debe observar lo propio.*

18. *Los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del termino legal la parte que alguno de los herederos vendió.*

19. *De todas las cosas propias del difunto, de que se permite celebrar contratos, se puede hacer la particion; pero no de las que se expresan.*

20. *¿Qué heredero debe tener los papeles, è instrumentos de la herencia?*

21. *En todos los juicios debe el Juez oir à las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos, y otros.*

22. 23. *Si el demandado niega al que pretende la particion, la qualidad de heredero, ha de proceder el Juez ordinariamente, y sumariamente si se la confiesa.*

24. 25. *En los negocios que se expresan, debe proceder sumariamente.*

§. II.

26. *¿Quáles deben ser los Contadores, y qué deben practicar antes de evacuar su encargo?*

27. *¿Quiénes pueden ser Contadores?*

28. *No pueden ser compelidos à aceptar su encargo; pero sí à evacuarlo despues de aceptado.*

29. *¿Quándo podrán recusarlos las partes con causa, ò sin ella?*

30. *¿Por qué causas pueden ser recusados?*

31. 32. *Si el hermano, pri-*

primo, ò cuñado de la parte que lo nombró ¿podrá ser recusado por la contraria?

33. 34. *Discordando los Contadores nombrados por las partes, ¿si podrá apremiarlos el Juez à que elijan tercero, ò lo deberá nombrar por sí?*

35. 36. *Quedando viuda la muger sin hijos, è instituyendo su marido à dos, ò mas hermanos suyos, ò à dos hermanos, y dos sobrinos hijos de otro hermano por herederos, ¿qué Contadores se han de nombrar?*

37. 38. *Juez, y Contadores, ¿si podrán, ò no hacer las adjudicaciones à los herederos?*

39. al 53. *El Contador debe tener presentes para hacer la division, y adjudicaciones las catorce reglas, ò advertencias que se explican.*

54. *Contadores, ¿si podrán, ò no ser compelidos à hacer las adjudicaciones?*

55. *Los Contadores pueden enmendar el error que hayan padecido, con tal que sea antes que el Juez apruebe la particion.*

§. III.

56. *Al juicio divisorio ¿qué cosas vienen?*

57. *¿De quántas maneras es la division?*

58. *La intelectual ¿en qué cosas recae?*

59. *La indivisibilidad se causa, è induce de tres maneras.*

60. 61. *Se ponen exemplos para que el Contador proceda bien en la division de las cosas individuas.*

62. 63. *Quando en la herencia hay un Pueblo, ò mas con jurisdicion, ¿cómo se ha de hacer su division?*

64. *Si los dueños jurisdicionales tienen partes iguales, ò desiguales en la jurisdicion de algun Pueblo, ¿cómo han de proceder en el exercicio de ella?*

65. *Si el testador tomó dinero à censo, ò renta vitalicia, y vive el pensionario, ¿cómo se ha de proceder en la division de su capital?*

§. IV.

66. *La albaja enfiteutica hereditaria viene tambien al juicio divisorio.*

67. 68. *¿Cómo han de dividir los herederos el predio enfiteutico hereditario?*

69. 70. *Si el padre llama aun hijo al goce del enfiteusi perpetuo, y le entrega en vida la finca enfiteutica, ò le lega la que está gravada con él, ò la encabeza en uno, se debe observar su voluntad.*

71. *Enagenando alguno de los herederos del enfiteusi perpetuo la parte que en la albaja enfiteutica le cupo, sin requerir primero al Señor del directo dominio, si la quiere por el tanto, ¿si caerá, ò no en comiso?*

72. *Las mejoras hechas en la albaja enfiteutica son propias del que las hace, y asi vienen à la particion como otros bienes del difunto, y se dividirán, en la forma que se expresa, entre sus herederos.*

73 *Si el enfiteusi es de* nominacion, *y uno de los hijos fue nombrado à su obtencion, ¿qué deberá colacionar?*

§. I.

QUE COSA ES LA DIVISION: QUIEN puede pretenderla, y ante quién: por quánto tiempo prescribe la accion de pedirla: cómo se ha de hacer entre herederos presentes, y ausentes: y en qué forma debe proceder el Juez en ella.

1 COnclusos legitimamente el inventario, y tasacion de todos los bienes, caudal, y efectos del que murió ex testamento, ò abintestato, si su viuda, ò alguno de sus herederos no lo reclaman por ocultacion de algu-

gunos, lesion en su valuacion, ù otro motivo, se sigue su particion, la qual se introduxo, à fin de que sabiendo cada uno quales son suyos, los custodie con mas diligencia, se apodere, y disponga de ellos à su arbitrio como dueño propietario, y se eviten las discordias, que de la proindivision se originan; (1) pues ninguno puede ser compelido à tener contra su voluntad comunion de bienes con otro: (2) ni vale el pacto de subsistir siempre en ella: (3) ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la perpetua está prohibida por derecho: (4) y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar en su testamento. (5)

2 Y para que el Contador principiante se instruya à fondo de materia tan basta, escabrosa, y delicada, y por lo mismo hasta de muchisimos Letrados ignorada, y no irrogue perjuicios à los participes en la herencia, procuraré tinturarle mas que medianamente de ella, con lo qual podrá proceder con justificacion en su evacuacion. Y en su exposicion digo, que la division, ò particion *es repartimiento, que los hombres hacen entre sí de las cosas que les*

(1) Cap. Ex tenore de Sentent. excommunication. ley In re communi, ff. de Servitut. urban. prædior. ley Cum pater, §. Dulcissimis, ff. de Legat. 2 y ley Si non sortem, §. Si centum, ff. de Condition. indebit. Salicet. in leg. fin. Cod. Communi dividund. & in leg. 1. §. Ad hæc, Cod. de Annal. exception. col. 1. Socin. Junior. in leg. Stipulationes n. 279. ff. de Verbor. obligation.

(2) Ley fin. Cod. Communi dividund. y ley 1. tit. 10. Partid. 5.

(3) Barbos. in leg. In communione, Cod. Communi dividund. Menoch. consil. 87. n. 77. Cardos. in Prax. verb. Divisio n. 11. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 58. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 21.

(4) Ley Hoc judicium, §. Si conveniat, ff. Communi dividund. y ley Nulla 70. ff. Pro socio. Guerreir. ibi. n. 22.

(5) Ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. Valasc. de Partition. cap. 38. n. 5. Morquech. de Divis. bonor. lib. 1. cap. 2. n. 19. 20. y 21.

les corresponden en comun por herencia de algun difunto, ò por otra razon. (1)

3 Se ha de pedir la de la herencia ante el Juez de los herederos, ò ante aquel en cuyo territorio están sitos los bienes de ésta, al modo que los legatarios sus mandas; (2) por lo que existiendo en diversos territorios, se ha de solicitar ante el Juez de él, en que esté la mayor parte, y pedirle termino para aconsejarse. (3) Si fueren herederos de lego los Clerigos, y Religiosos que pueden poseer bienes en comun, se ha de pedir ante el Eclesiastico, y si fueren Clerigo, y lego juntamente, se ha de distinguir: provocando al juicio divisorio, ò pidiendo la particion el Clerigo, debe acudir al Juez lego por la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo. (4) Y pidiendola el lego, ha de ser por la misma regla ante el Juez Eclesiastico: y la razon es, porque el Clerigo heredero del lego debe ser convenido ante el Eclesiastico por la accion mixta de real, y personal, quando con su causante difunto no se principió el pleyto. (5) Bien que el Juez del inventario deberá conocer en todos casos de la particion, como subsidiaria, y connexa con él, y es lo que se practica.

4 Pero si el lego fuere heredero de Clerigo, se hacen del heredero los bienes por la adiccion, ò aceptacion de la herencia: y asi ya no es herencia, (6) porque una vez

(1) Ley 1. tit. 15. Partid. 6.

(2) Ley unica, Cod. ubi de Hæreditate agi oportet, ley Juris ordinem, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. ley 32. tit. 4. Partid. 3. ley fin. tit. 9. Partid. 6. y cap. Cum generale de Foro competent.

(3) Ley 1. al medio tit. 6. Partid. 6.

(4) Leyes citad. y ley Actor, Cod. ubi in rem actio.

(5) Sr. Covar. Pract. cap. 8. n. 4. vers. Quarta conclusio. Acev. en la ley 15. tit. 4. lib. 5. Recop. n. 6. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 3. n. 5. al 7.

(6) Ley Hereditas, ff. de Regul. jur. y ley Cum hæredes, ff. de Acquirend. posses.

vez aceptada pierde el primer nombre, y toma el del aceptante; (1) por lo que se ha de juzgar de ella como de bienes de lego, y pedir su division ante el Juez secular, pues los bienes toman la qualidad de su dueño. (2) De lo qual se deduce, que si el Clerigo testador rogare al fiduciario que restituya su herencia al incapáz por derecho de obtenerla, como indigno, y el fiduciario fuere lego, se ha de aplicar al Fisco, y si fuere Presbytero, à la Iglesia. (3)

5 Pueden pedirla todos, y cada uno de los herederos, ò participes en la herencia del difunto, ò bienes de la sociedad. (4) Lo qual se entiende siendo mayores de veinte y cinco años, y capaces: pues por los menores, locos, fatuos, pródigos declarados por tales, y demás à quienes está prohibida la administracion de sus bienes, la han de pedir sus curadores, ò defensores, de que se les debe proveer sino los tienen, con los quales si la pide otro coheredero mayor, se puede hacer aunque ellos no la pretendan. (5)

6 Tambien puede pedirla el que pretende ser heredero, ò tener parte en la herencia, ò cosa comun, aunque nada de ella le toque si la posee, y se hará sin perjui-

(1) Ley 1. §. Veteris, & ibi. Jason, ff. de Acquirend. posses. Menoch. consil. 81. n. 24. y consil. 115. n. 49.

(2) Ley Paulus al fin. ff. de Acquirend. hæredit. Calcan. consil. 45. n. 4. Menoch. consil. 80. n. 30. Morquech. ibi. n. 8.

(3) Bald. in leg. Si quis Presbyter, Cod. de Episcop. & Cleric. Paul. de Castr. y Juan de Platea en las leyes 1. y 2. Cod. de Bonis vacant. Sr. Greg. Lop. en la ley 13. tit. 7. Partid. 6. glos. penult. vers. Quid autem. Morquech. ibi. n. fin.

(4) Ley 2. tit. 15. Partid. 6. y los tit. ff. Communi dividund. y Familiæ ercircundæ, y Cod. Communia utriusque judic. y familiæ erciscund.

(5) Ley Inter omnes, Cod. de Prædiis minor. ley Inter pupilos, ff. de Authorizat. Tutor. ley Ex castrensi, ff de Castrens. pecul. y ley Lucius, ff Familiæ erciscund.

juicio de su propiedad. Pero no poseyendola, si se le niega la qualidad de participe, ò coheredero, no se hará con él la division, no obstante que la solicite, y tenga parte en la herencia, porque el juicio divisorio tiene lugar solamente entre los que califican ser herederos, ò participes en los bienes que se han de dividir, y no de otro modo; y asi ante todas cosas debe pretender en via ordinaria se le declare heredero, y conseguida la declaracion en contradictorio juicio con los demás, será admitido en el divisorio por uno de los participes en la herencia, ò cosa que se intenta dividir. (1)

7 Estando ausente alguno de los herederos instituidos, ò mas, pueden pedir la particion, y hacerse à instancia de los presentes; pero el Juez debe comunicarle traslado de la pretension de éstos con termino competente, para que acerca de ella exponga lo que le convenga, porque se trata de su interés, y perjuicio, (2) ò mandar à todos que nombren Contadores; y pareciendo no estar notificado el ausente, no ha de proceder en la causa hasta que se le cite, porque toca à su oficio sustanciar el proceso con legal formalidad, (3) y asi le ha de proveer de defensor, con el qual se sustanciarán la particion, y sus incidentes; pero ha de constar por previa informacion, no solo su ausencia, sino que no se espera su pronto regreso, ni es facil que venga, ni envie poder à quien haga sus veces por la distancia, (4) pues sabiendose su fixo paradero, y pudiendo citarle por requisitoria, se debe expedir à este efecto. No

(1) Ley 1. ley Heres, §. Quantum, ley Si quid contendis 45. ley Fundus, qui dotis 51. ff. Familiæ erciscund. y ley Si quis putans, ff. Communi dividund.

(2) Ley De uno quoque negotio, ff. de Re judicat. y ley Namita, ff. de Adoptionib.

(3) Authent. Operatur, Cod. de Litis contestat. & for. DD. & in §. 1. Institut. de Offic. judic.

(4) Ley 12. tit. 2. Partid. 3.

8 No haciendo mencion del heredero ausente los presentes, porque le contemplan muerto, ò por otra causa, ò habiendo muerto intestado el dueño de los bienes divisibles, è ignorandose por este motivo que haya mas coherederos, si la particion se hace sin el ausente, ni defensor en su nombre, no vale en quanto à él, ni por consiguiente le perjudica; (1) pero valdrá por lo respectivo à los presentes que la consintieron, los quales cumplirán con dar al ausente la parte que le corresponde, y todos tienen proindiviso, quando parezca. (2)

9 Si uno de los herederos presentes no posee al tiempo que el ausente viene, la parte que le cupo, por haberla vendido, ò sido trigo, ù otras especies semejantes que no se pueden conservar mas que tres años, ò ganados que se murieron, ù otros bienes muebles que vendió en baxos precios, y quando el ausente ocurre valen mucho mas que lo que dieron por ellos, ò que lo que valian al tiempo de la particion, se pregunta, ¿si estará obligado à satisfacer al ausente la estimacion de lo que le toca, ò sino poseyendola, ò habiendose muerto, ò consumido, se libertará de su solucion? ¿Si habiendola vendido en baxo precio, cumplirá con pagar à prorrata de lo que percibió, ò lo que mas vale? Y en caso de existir, y tenerla un tercero poseedor, ¿si podrá pedirla à éste, valiendo mucho mas? Y siendo poseedores de buena, ò mala fé los coherederos, ¿si deberán restituir al ausente los frutos respectivos à su parte, ò su estimacion?

10 Y se responde, que si el ausente quiere recibir el precio en que su parte se vendió, puede pedirlo, y exigir-

(1) Ley Cohæredibus, Cod. y ley 2. ff. Familiæ erciscundæ.

(2) Dicha ley Cohæredibus, vers. Juri absentis, y vers. Ac pro in diviso, y glos. en dicha ley 2. verb. Pauciores, & ibi. Bart. Alberic. & DD.

girlo del coheredero, porque en este juicio como universal para los interesados succede el precio en lugar de la alhaja. (1) Pero si resiste su percibo, porque fue poco, ò porque la cosa vendida era raiz, y quiere su parte con frutos, se ha de distinguir, si tuvo buena fé, porque al tiempo de la particion corria la fama de haberse muerto, no estará obligado à satisfacerle mas que el precio que recibió, ya sea el justo, ò menor que lo que valia; y si éste se perdió, ò lo empleó en otra cosa, la qual pereció sin culpa suya, tampoco estará obligado à restituirle mas que el que embolsó, y si de nada se utilizó, nada deberá restituirle, (2) ni tampoco podrá exigirla, ni sus frutos del comprador, ni de su heredero, si el vendedor se obligó à eviccion; pero no habiendose obligado, se la podrá sacar. (3) Todo lo qual es contra la regla 11. del derecho, que dice: *Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*, y la 13. de Partida con ella concordante, cuyo contexto es: *Otrosi dixeron, que cosa que es nuestra, no puede pasar à otro sin nuestra palabra, è sin nuestro fecho.* Y parece violento, y repugnante, mayormente no habiendo intervenido culpa, ni hecho del verdadero heredero que viene à recuperarla quando llega à su noticia; pero la ley asi lo dispone, fundada en que el poseedor con buena fé de cosa agena se conceptúa dueño, y señor, con tal que por ella no se haga mas opulento. (4)

11 Si tuvieron mala fé los herederos presentes, porque sabiendo que el ausente estaba vivo, y en parage de donde avisandole, podia venir, ò enviar poder, no le avi-

(1) Ley Item veniunt 20. y ley Si & rem, & pretium, ff. de Petition. hæreditat.

(2) Ley Utrum autem 23. y ley Sed & si 25. §. 17. ff. eod. tit.

(3) Dicha ley Sed & si 25.

(4) Ayor. de Partition. part. 1. cap. 5. ex n. 19. al 24.

avisaron, antes bien procedieron à hacer sin él la particion, deben restituirle su parte con frutos, entregando estos, si existen, (1) y sino existen, pero podian existir, habiendolos conservado; bolviendolos en la propia especie, pues no debieron haberlos consumido, ni vendido, por no ser suyos, y en haberlo hecho cometieron hurto: (2) lo qual se entiende, excepto que hubiesen tenido causa justa para venderlos, v. g. pagar deudas de la herencia, ò porque se perdian; pues en este caso estarán obligados unicamente à restituir el precio justo, que al tiempo de la venta tenian. Y si el heredero ausente estimare mas util recibir el precio, estará en su eleccion pedir uno, ù otro. (3)

12 Y si los frutos se consumieron, ò vendieron mucho antes que el ausente solicitase su parte, de modo que no se podian conservar hasta entonces, y por lo mismo no solo fue util, sino necesaria su venta, solo estará obligado à la solucion del precio, que acredite haber percibido por ellos, no obstante que si se hubieran podido conservar, y conservado, valiesen mas. (4) Todo lo qual se debe observar respectivamente no solo en los casos expresados, sino quando hay poseedor de cosa agena con buena, ò mala fé, ya sea reconvenido por accion universal de peticion de herencia, ò por la particular de reivindicacion. (5)

13 La accion de division de herencia, ò *familiæ erciscundæ*, es

(1) Dicha ley Cohæredibus, Cod. Familiæ erciscundæ.

(2) Ley Illud 40. y ley Si possessor 52. ff. de Petition. hæreditat. y ley Mala fide, Cod. de Condition. ex lege.

(3) Ayor. cap. cit. n. 25.

(4) Leyes Item veniunt, Si possessor, y Illud cit.

(5) Bart. in leg. Ex diverso, §. fin. & in leg. Qui restituere, ff. de Reivindication.

eiscundæ es mixta de real, y personal. (1) Se llama real en quanto tiene su tendencia à la misma division de las cosas hereditarias: y personal en quanto mira à las prestaciones, ò contribuciones personales, que se exigen con nombre de *lucro*, *daño*, *ò expensas*. De lucro, v. g. si uno de los herederos percibe alguna cosa de la masa comun, pues debe participarla à los demás. (2)De daño, v. g. si por culpa, ò negligencia de un coheredero se irroga, ò sobreviene alguno à las cosas hereditarias, pues debe resarcirlo à los demás proporcionalmente. (3) Y de expensas, v. g. si uno de los herederos hace algunas en los bienes de la herencia, las quales por su parte debia hacer, pues se las deben reintegrar los otros à prorrata. (4) Y no solo se llama mixta por lo expuesto, sino porque en la cosa comun qualquiera de los partícipes tiene dominio hasta en la mas minima parte; (5) y porque el Juez la puede adjudicar à uno toda. (6)

14 No prescribe por menor tiempo que el de treinta años la accion de pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, por ser mixta de real, y per-

(1) Morquech. de Division. lib. 1. cap. 3. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 2. n. 3. y §. Quædam institut. de Action. & ibi. Jason glos. 2. n. 14. y sig.

(2) Ley Inter 44. §§. 2. y 3. ff. Familiæ erciscundæ, ley 3. Cod. eod. tit. y §. 4. Institut. de Offic. Judic.

(3) Ley Et puto 16. §. penult. ley Hæredes 25. §. Non tantum 26. y §. Item culpæ 18. ff. Familiæ erciscundæ, y ley Inter cit.

(4) Ley His consequenter 18. §. Sumptum, y ley Hæredes cit. §. Idem juris 13. ff. eod. tit. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 14. al 16.

(5) Ley Si ut certo, §. Si duobus, ff. Commodati, y §. Itaque discretis, institut. de Action.

(6) §. Si familiæ, institut. de Offic. Judic. y dicho §. Quædam al fin institut. de Action. Guerreir. ibi. n. 17. Valasc. dicho cap. 2. n. 5.

personal: (1) lo qual es al contrario, quando los socios, ò coherederos existen por mas de los treinta, ò quarenta años en la posesion de las cosas hereditarias, ò comunes, pues entonces ni por este tiempo, ni por otro mucho mayor se prescriben las acciones *familiæ erciscundæ*, ni *communi dividundo*, para que uno de los partícipes esté impedido de provocar à los demás à la division, y asi puede pedirla; (2) y la razon es: Lo primero, porque la prescripcion no se puede inducir de un acto voluntario, qual es el haber permanecido voluntariamente todos, y cada uno en la comunion, y proindivision. (3) Y lo segundo, porque por el hecho de poseer en comun, parece que cada uno defiende su derecho, y no se le puede imputar negligencia, que es una de las causas inductivas de la prescripcion. (4)

15 Pero para que la particion se entienda hecha entre mayores, no se requiere el transcurso de treinta años, basta el de diez; (5) por lo que si los hermanos despues de la muerte de su padre habítan separados por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, se presume hecha la division de la herencia paterna. (6) Y lo propio mi-

(1) Ley Hæreditatem 3 Cod. In quibus causis cessat longi tempor. præscriptio, ley Hæreditatis, & ibi glos. & DD. Cod. de Petition. hæreditat. ley Servum, Cod. Familiæ erciscund. y ley 1. §. 1. vers. Nemo itaque, Cod. de Annal.exception. Ayor. part.2.quæst. 29. n. penult. y ultim. Valasc. de Partition. cap. 38. n. 2. y 3.

(2) Glos. & DD. in dict. leg. Hæreditatem, & in leg. Servum. Alberic. Bald. y otros en la ley Si major, Cod. Communi dividund. Valasc. cap. 38. y n. 3. dichos.

(3) Glos. fin. in leg. Solet, ff. de Offic. Proconsul.

(4) Ley 1. ff. de Usucapion. Valasc ibi. n. 4 y 5. Sr. Olea de Ces. jur. tit 3. quæst. 6. ex n.28. Aillon ad Gom. lib. 1 Var. cap. 9. n. 17. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. . ex n. 42. al 46.

(5) Ley Si major 4. Cod.Communi dividund.

(6 Gom. l b. 2. Var. cap. 11. n. 17. al fin Mascard de Probat. conclus. 327 n. 2. Menoch. lib.3. præsumpt 60. n. 3. y præsumpt. 131. n. 93. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. fin. Valasc. dicho cap. 38. n. 6. Guerreir. ibi, n. 48.

milita quando los coherederos, ò socios callaron por el referido respectivo tiempo: y principalmente, si poseyeron las cosas de la herencia, ò sociedad, pues la posesion, y su taciturnidad inducen la referida presuncion, la qual transfiere en el que pide la division, la obligacion, y gravamen de probar que no se hizo, sin embargo de que por ser cosa de hecho no se presume, y debe probarla quien alega estar hecha. (1)

16 Si alguno de los herederos antes de hacerse la particion vendiere à extraño la parte que le puede caber en la herencia, se ha de adjudicar al comprador, el qual será incluido en el juicio divisorio, como si fuera uno de los instituidos, porque por la venta se transfieren en él activa, y pasivamente todas las acciones utiles que competian al coheredero vendedor. (2)

17 Lo propio milita, quando por el delito que cometió alguno de los herederos, recae la herencia en el fisco; pues éste se reputa como heredero, y le competen las referidas acciones; y asi puede decir de nulidad del testamento; pedir suplemento de legitima, y restitucion *in integrum*; y practicar todo quanto al heredero es permitido: porque el que tiene accion para recuperar la cosa, parece que tiene la misma cosa, segun dice el derecho. (3)

18 Pero los coherederos pueden retraer por el tanto dentro del termino legal toda la parte vendida, si en la herencia hay bienes inmuebles, ò raices, porque son partícipes, y comuneros por la proindivision, y lo mas digno

(1) Morquech. dicho cap. fin. Mascard. conclus. 527. Barbos. in leg. Si major 4. Cod. Communi dividund. Guerreir. dichos lib. y cap. 1. n. 49. y 50.

(2) Los tit. Cod. y ff. de Hæreditat. vel action. vendit.

(3) Ley Qui actionem, ff. de Regul. jur. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 10. ex n. 9. hasta el fin.

no atrae à sí lo menos digno. (1) Lo mismo procede aunque todos los bienes de la herencia sean muebles: (2) y en los derechos, y acciones vendidos con las cosas muebles, y semovientes, no existiendo en ella otros bienes: en la comodidad del usufructo por razon de la comunion: (3) y tambien en el derecho del censo perpetuo, porque se reputa inmueble. (4)

19 De todas las cosas propias del difunto, en que tengan parte sus herederos, y de que está permitido celebrar contratos, se puede hacer regularmente la division; pero si entre ellas hubiere escritos, ò libros reprobados, yerbas, ù otros simples ponzoñosos, se deben quemar, y no partir; y si tiene algunas que robó, ò mal ganó, tampoco se han de dividir, sino restituirlas los herederos à sus dueños: (5) y lo propio milíta si alguno de los herederos dice que son suyas ciertas cosas que señala, pues no se deben incluir en el juicio divisorio. (6)

20 Por lo tocante à los papeles, y titulos de la herencia, si los herederos son muchos, deben existir en el que mayor parte tuviere en ella, y dar traslado de ellos à los demás, siempre que lo pidan. Si fueren iguales en el haber, han de estar en poder del mas honrado, mas an-

(1) Leyes 10. 13. y 14. tit. 11. lib. 5. Recop. Matienz. en la 7. dicho tit. y lib. glos. 1. n. 48. Tiraquel. de Retract. lib. 1. §. 1. glos. 1. n. 82. Morquech. dicho cap. 10. n. 2.

(2) Ley 55. tit. 5. Partid. 5. & ibi. glos. 1. y 2. Morquech. ibi. n. 3.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 55. glos. 2. al fin. Matienz. en las 13. y 14. cit. glos. 3. n. 3. Morquech. ibi. n. 4. al 6.

(4) Tiraquel. ibi. §. 21. glos. unic. n. 3. y 4. Palac. Rub. en la ley 70. de Toro n. 22. Castill. en la 74. verb. Parte en ella. Matienz. en la 7. cit. glos. 1. n. 4. y sig. y en la 13. n. 2.

(5) Ley Cœteræ, §. Et mala, ff. Familiæ erciscund. ley Quod sæpe, §. Veneni, ff. de Contrahend. emption. y ley 2. tit. 15. Partid. 6.

(6) Ley Si quid contendis, ff. Familiæ erciscund.

anciano, y de mejor fama, excepto que sea muger, pues aunque esté adornada de estas qualidades, no debe tenerlos sino alguno de los varones. Y si fueren iguales en partes, honra, y en lo demás, han de echar suertes, y quedar en poder de aquel à quien toque; y no queriendo echarlas, se han de depositar en lugar seguro. (1) Pero si el testador manda que uno de los herederos à quien nombra, los tenga, debe tenerlos, dando traslado de ellos ante todas cosas à los coherederos, y obligandose à manifestarselos siempre que los necesiten, y lo pidan. (2) Lo dispuesto por las leyes que se citan, se entiende quando una finca de la herencia se divide entre todos, ò algunos de los herederos; ò en un instrumento, v. g. de compra están inclusas muchas, pues en estos casos se observa su precepto, poniendo asi en el original como en los traslados las competentes notas; mas no quando de cada finca hay titulos separados, pues entonces se entregan al heredero à quien se aplica, y es lo que se debe practicar.

21 En todos los Juicios debe oir el Juez à las partes en via ordinaria, excepto en los casos de alimentos, y otros que traen los Autores, y glosa de la ley 3. §. *Sciendum*, *ff. Ad exhibendum* de la ley *Judicis* 9. *de Judiciis*, y de la Clementina *Dispendiosam de Judiciis*; y no estando comprehendido en ellos el de division, ni siendo de poco momento, ni de los que no admiten mora, por irrogarse de ella perjuicio, parece que debe proceder ordinariamente, admitiendo todas las excepciones que los interesados opongan.

Mas

(1) Ley 7. tit. 15. Partid. 6. ley Si quæ sunt cautiones, ff. Familiæ erciscund. y ley fin. ff. de Fide instrument. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 7. per tot.

(2) Ley Pomponius, ff. Familiæ erciscund. y ley 8. dicho tit. y Partid.

22 Mas no obstante, se debe distinguir, si el sugeto à quien se demanda, ò pide que haga particion de la herencia, ò cosa comun, niega al que lo pretende la qualidad de heredero, y por consiguiente que tenga derecho à la herencia, se ha de proceder ordinariamente; bien que no se tratará del juicio divisorio hasta que se declare heredero, sino del de peticion de herencia: y declarado, ò concluido éste, se incohará, ò no aquel, segun sea la declaracion. (1)

23 Pero si el demandado confiesa al demandante la referida qualidad, debe proceder sumariamante el Juez, mandando à todos los partícipes nombren Contadores, que evacuen la particion, y señalandoles para ello tiempo, y lugar: y no compareciendo alguno de los nombrados, que la hagan los que asistan, apercibiendo à las partes por quienes fueron electos, que valdrá lo que practiquen los concurrentes, y las parará el mismo perjuicio que si los suyos presenciaran; (2) cuyo estilo se observa en muchos Pueblos, bien que la práctica de esta Corte es *hacer saber el nombramiento à los perítos, los quales aceptan el encargo, obligandose baxo de juramento à evacuarlo bien, y fielmente segun su inteligencia, sin causar agravio à los interesados*, como lo manda la ley: (3) y luego se les pasan los Autos de inventario, y demás papeles concernientes: se juntan en casa del mas antiguo, conferencian, acuerdan, y resuelven cómo se ha de hacer: la evacua el moderno; y hecha en borrador, la pasa al otro, y no estando conforme, se arregla; y puesta en limpio, se presenta al Juez, el qual co-

(1) Ley 1. ff. Familiæ erciscund. & ibi DD.

(2) Ayor. de Partition. part. 1. cap. 5. n. 5.

(3) Ley 51. tit. 5. lib. 2. Rec.

comunica traslado de ella à los interesados; y consintiendola estos, se aprueba, y dá à cada uno el testimonio de su adjudicacion, y haber, con insercion de los presupuestos, declaraciones, bienes aplicados, y sentencia de aprobacion; y si dicen de agravios, los oye en via ordinaria, ò sumaria, segun sean.

24 Sumariamente debe proceder tambien el Juez, quando alguna de las partes, temiendo se le aplique la cosa que está tasada en mucho mas que lo que vale, ò sabiendo que se valuó en mucho menos, por aplicarla al coheredero, le pide deshaga el agravio, reduciendola por sí à lo justo, ò mandando se buelva à tasar por nuevos perítos que elijan, (pues no debe admitir excepciones dilatorias, y maliciosas, sino atendida la verdad, deferir à lo solicitado) porque este incidente no perjudica al negocio principal. Y este es el modo de que con mas equidad, y prontitud se expida el articulo de tasacion, como dice el derecho. (1)

25 Lo mismo procede en otros incidentes semejantes, v. g. en la recusacion de los Contadores, despues que principiaron à entender en el negocio: ò quando algun interesado alega que ciertos bienes son suyos, y pide al Juez mande no se incluyan en el inventario, pues acreditandolo sumariamente, debe deferir à la pretension. Pero si hubiere duda, ò se requiriese mas escrupuloso examen, è indagacion, se reservará, para oir à las partes en via ordinaria. (2) En cuyos articulos, ò incidentes como que no causan perjuicio irreparable, no debe admitir apelacion de lo que profiera, por ser frivola, y dilato-

(1) Ley Ad officium, Cod. Communi divi fund. y ley 10. tit. 15. Part. 6. Ayor. dicho cap. 5. n. 6.

(2) Ley 3. ff. Ad exhibendum, y ley fin à quo, § Si de Testamento, ff. ad Trebellian.

toria, (1) para evitar que de su admision se eternice el juicio divisorio.

§. II.

DE LOS CONTADORES, SU OFICIO, y facultades, y qué reglas deben observar para hacer con justificacion la particion, y adjudicaciones.

26 VEntilados, y definidos los referidos incidentes, (si los hubiere) deben las partes elegir Contadores partidores, que entre ellas dividan la herencia. Estos Contadores partidores deben ser diversos de los tasadores, ò apreciadores de bienes, y perfectamente inteligentes no solo en cuentas, (lo qual es lo menos, porque se aprende en la escuela, y el error material de calculo se puede facilmente enmendar, y salvar por medio de una declaracion, ò prevencion, sin necesidad de bolver à formar la particion) sino tambien en los puntos de derecho, de que (como que es lo mas arduo, y dificil) procuraré tinturar à los legos quanto mi aplicada rudeza alcance, por si no tienen quien les disuelva legalmente sus dudas; pues de no concurrir simultanea, y copulativamente en ellos ambas circunstancias, será absurdo quanto executen, y por su impericia se fomentarán costosos pleytos, è irrogarán imponderables perjuicios à los interesados; por lo que en esta Corte solo los letrados pueden

(1) Cap. Non solum, y cap. Cum appellationibus frivolis de Appellation. in 6. y Clementin. Sæpe de Verbor. signification. ley 13. tit. 23. Partid. 3. y ley 10. tit. 7. lib. 2. y leyes 3. y 6. tit. 18. lib. 4. Recop. Ayor. dicho cap. 5. n. 8. y 9.

den hacer particiones judiciales, segun el Auto del Consejo de 11. de Abril de 1768. Y asimismo deben jurar en los terminos expuestos en el num. 23. (al modo que los Jueces arbitros, y tasadores) ante el Escribano originario, ò de diligencias de la testamentaría, y asi se practica.

27 Todas las personas à quienes por derecho se permite comparecer en el juicio, tratar, y contratar, pueden ser electas para hacer particiones, porque este acto no es judicial, sino extrajudicial; (1) bien que su parecer se ha de presentar al Juez, para que lo apruebe, y mande cumplir, siendo arreglado. De lo qual se prueba que el menor de veinte y cinco años, si tiene diez y ocho, podrá ser Contador, respecto à que no teniendo curador, puede contratar por sí, y ser procurador para negocios extrajudiciales: (2) y asimismo exercer jurisdicion delegada. (3) Y lo propio digo en quanto à ser Contador, del infame por derecho. (4)

28 No pueden ser compelidos estos Contadores à aceptar el encargo de tales sino quieren; pero una vez aceptado, los puede apremiar el Juez à que lo evacuen, porque lo que al principio es voluntario para su admision, se constituye coactivo, y obligatorio, segun derecho, para su evacuacion despues de admitido. (5)

29 Tampoco pueden recusarlos las partes que los eligieron, sino por causa justa superveniente probada ante

(1) Ley Instar 2. Cod. de Jure fisci. Ayor. part. 1. cap. 4. n. 2.

(2) Ley Si curatorem habens, Cod. de in integrum restitution. & ibi. DD. ley Exigendi, Cod. de Procurator. y cap. Qui generaliter, §. fin. de Procuratorib. in 6.

(3) Ley 3. tit. 9. lib. 3. Recop.

(4) Ley Pædius, ff. de Recept. arbitr. & ibi. DD. Ayor. dicho cap. 4. n. 3.

(5) Ley Labeo ait 3. §. fin. ff. de Recept. arbitr. & ibi. glos. Bart. Alberic. & cæteri DD. Ayor. ibi. n. 4.

te el Juez ordinario, ò Superior del recusado: pues no basta el juramento solo de tenerlos por sospechosos. (1) Pero siendo nombrados por el Juez de motu propio, se les puede recusar como à éste con el juramento referido, sin necesidad de expresar, ni justificar causa: y admitida en ambos casos la recusacion, se les removerá en el todo del conocimiento del negocio, y no continuarán en él, ni se les dará acompañado, antes bien se nombrará otro en su lugar, (2) como se practíca. Y siendo diputados publicamente para este ministerio, se debe observar en su recusacion lo que acerca de los tasadores públicos expliqué en el cap. 1. de este libro, num. 73. porque milita la misma razon, y asi debe obrar la propia legal disposicion.

30 Las causas por que pueden ser conceptuados por sospechosos, y por consiguiente recusados, son: grande enemistad, ò motivo de tenerla, nacida despues del nombramiento entre el nominado, y nominador: el haber contraido afinidad con la parte contraria, ò sucedido en su herencia, ò sido ordenado in sacris, ò desterrado, ò preso por delito: ò enfermado, ò ausentadose por largo tiempo, y otras à arbitrio del Juez docto, y prudente, (3) de las quales trata latamente *Guerreir. de Recusation.* en los diez y ocho capitulos de su lib. 4. hablando del Juez, y yo en el capitulo del juicio ordinario lib. 3. §. 12. num. 422. expresaré veinte y cinco.

En

(1) Glos. & DD. in leg. Apertissimi, Cod. de Judic. Guerreir. de Recusation. lib. 2. cap. 10. n. 24. Cortiad. decis. 18. n. 6. y 23. Ayor. ibi. n. 14.

(2) Ley Apertissimi, & ibi. DD. cit. Ayor. ibi. n. 15.

(3) Ley Filius familias, §. fin. y leyes sig. ff. de Procurator. ley Non distinguemus, y ley Licet, ff. de Recept. arbitr. Jason in leg. Apertissimi cit. Ayor. dicho cap. 4. n. 16.

31 En quanto à si el hermano, primo, ò cuñado de la parte que le nombra podrá ser recusado por la contraria, lo disputa *Ayor. de Partition. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 19. *vers. Restat nunc videre*; y concluye con que el Contador nombrado puede serlo por las causas expresas en derecho, porque tiene jurisdicion para pronunciar, y adjudicar los bienes hereditarios, y en esto puede agraviar; pero que los nombrados para formar cuentas de tutores, administradores, compañias, y otras personas semejantes, no pueden serlo, porque carecen de jurisdicion, y solo tienen facultad de dar sus pareceres, y remitirlos al Juez, à fin de que sentencie, y determine.

32 Sin embargo de su dictamen, respecto à que ninguna ley hace mencion de estos Contadores de particiones, por lo que se debe recurrir à las que tratan de los arbitros; distinguiendo, digo, que si los Contadores fueron electos como Jueces arbitros, y arbitradores, ò amigables componedores, y para ello precedió compromiso de las partes, con las facultades de que diesen à la una, y quitasen à la otra à su arbitrio, y pena convencional, podrán ser recusados por las causas, porque pueden serlo los arbitros en los casos, y con arreglo à derecho, porque tienen jurisdicion, y pueden agraviar: y para ser oida la parte, que se dice agraviada, sobre el agravio, es preciso que deposite la pena, y apele, ò pida reduccion dentro de los diez dias legales. Pero faltando el expresado requisito, no, porque por mas autoridad que se les atribuya, y quiera conceder no se extiende à mas que à un parecer, ò dictamen, que con el titulo, ò nombre de *peritos* (y algunos suelen ser en alto grado idiotas) dán segun su inteligencia, el qual como no es exequible, mientras el Juez no lo apruebe, y el agraviado en caso de apelar constituya la fianza prevenida por nuestro derecho,

cho, (1) no tiene vigor de sentencia; pues no siendo letrados estos peritos, no pueden ser nombrados para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que puedan determinar por el proceso, sino para lo que consiste en cuenta, tasacion, ò pericia en arte, ù oficio, como lo manda la ley, (2) y si hay algun punto obscuro, ò duda de derecho, lo deben consultar, y proponer al Juez, para que lo resuelva con audiencia de los interesados antes de proceder à formar la particion: y asi pueden estos agraviarse del dictamen de aquellos, en uso del traslado que de la particion se les debe comunicar, con tal que no la consientan antes; pues el traslado es para que en su vista se conformen con ella, ò expongan ante el Juez ordinario los agravios que contenga, y pidan se deshagan, y no para otro efecto; sobre lo qual, si el agravio consiste en hecho, se les debe oir en via ordinaria, como se practica; y de las causas por qué se pueden impugnar las particiones trataré en el cap. 9. del libro 2. §. 1.

33 Como del justo, y arreglado arbitrio del Juez depende el juicio de la division, segun lo dice la ley 10. tit. 15. Partid. 6. ibi: *Poderío há el Juez ante quien pidieren la particion los herederos, de la mandar facer en la manera que él entendiere que será mas guisada, è mas à pro dellos*, y se prueba de otros textos: (3) parece que si los Contadores nombrados por las partes discordan, podrá, segun derecho, (4) apremiarlos à que elijan tercero en discordia.

Mas

(1) Ley 24. y Auto 1. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ley 50. tit. 5. lib. 2. Recop.

(3) Ley Ad officium, Cod. Communi dividund. y ley antepenult. ff. Familiæ erciscundæ.

(4) Ley Item si unus 17. §§. 6. y 7. ff. de Recept. arbitr. y ley 29. tit. 4. Part. 3.

34 Mas no obstante ser esto indubitado, se ha estimado util, y en práctica se observa en esta Corte, que el Juez lo nombre de oficio, para evitar las contiendas, y discordias que acerca de la eleccion se podrian suscitar entre ellos; y aunque de los tres se conformen los dos, no se dexa de comunicar traslado à las partes para que consientan la particion, ò digan de agravios, del mismo modo que si el tercero no hubiera sido electo, y se las oye en via ordinaria; porque el Juez no puede proceder sumariamente sino en los casos expresos en derecho, y el tercero no sale de la esfera de un perito como los demás. Y una vez propuestos los agravios, no debe aprobarla, ya se conformen dos de los tres, ò todos discorden, formando cada uno su particion, porque no la hay hasta oir plenariamente à las partes; y asi cesa quanto Ayora en el cap. 4. part. 1. n. 5. al 8. y otros se fatigaron en exponer acerca de esto, pues con vista de las probanzas que hagan, si los agravios consisten en hecho, y de los fundamentos que aleguen, proferirá su sentencia, de la qual podrán apelar en el termino de los cinco dias legales, ò consentirla.

35 Quedando viuda la muger sin hijos, è instituyendo su marido por herederos, v. g. à dos, ò mas hermanos suyos, ò à dos hermanos, y dos sobrinos, hijos de otro hermano, se han de nombrar dos Contadores solos, el uno por los hermanos, y sobrinos del difunto, y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan à su instituyente, y pretenden una misma cosa, que es la herencia, que éste à vivir, pretenderia si su muger fuera la difunta, y ésta otro tanto como todos juntos de lo superlucrado constante matrimonio.

36 Pero pagada la muger, si la parte de los herederos quedase sin distribuir, y quisiesen repartirla entre sí, nom-

nombrará cada hermano su Contador, y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona, que es la de su padre, y como que han de heredar *in stirpem*, y no llevar todos mas que cada uno de sus tios, que succede *in capita*, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero: (bien que sobre este modo de heredar en virtud de testamento hay su limitacion, como en el cap. 7. ex n. 65. lib. 2. de este tratado expondré) y lo propio milita en la succesion abintestato. (1) Y si en uno, y otro caso quisieren conformarse en un solo Contador, por evitar discordias, y tantos gastos, como en esta Corte se practica, pueden hacerlo, porque ninguna ley se lo prohibe.

37 Se dificulta si estos Contadores, ò el Juez pueden, ò no adjudicar à los herederos los bienes que les parezca, (porque una cosa es liquidar el caudal partible, y dar dictamen acerca de la quota, ò suma que à cada uno toca por sus derechos, lo qual se llama con propiedad *liquidacion*: y otra hacer pago de esta quota con los bienes de la herencia, que esto es, y se llama *distribucion*, y *aplicacion*, ò *adjudicacion*) y en caso que para ello estén autorizados, y tengan facultad, ¿si podrán ser compelidos à hacer las adjudicaciones? Y disolviendo estas dos dudas, digo, que el Juez à su arbitrio puede hacer las adjudicaciones à uno entera, ò parcialmente, y condenarle à que entregue en dinero al coheredero su parte, si la cosa no tiene comoda division, y aplicar tambien los demás bienes, segun su valuacion, ya estén bien, ò mal tasados. (2) Y la razon de lo primero es, porque el derecho

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 5. n. fin.

(2) Ley Ad officium 3. Cod. Communi dividund. y ley Si familiæ 55. ff. Familiæ erciscund. y §. Si familiæ erciscundæ institut. de Offic. Judic. Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 5.

cho le autoriza para ello, por evitar disturbios entre los interesados, y que con ellos consuman la herencia; y de lo segundo, porque el juicio divisorio no es para conocer de la justicia, ò injusticia de la tasacion, ni el Juez es perito en este arte, sino para liquidar el caudal partible, y aplicar los bienes de la herencia por los precios en que estén valuados, lo qual es muy diverso; pues para aquello es el juicio de inventario, en el qual antes de llegar à la division se han de proponer, y deshacer los agravios que haya en las tasaciones; à cuyo fin se comunicarán los Autos à los interesados, si quieren tomarlos, ya las hayan presenciado, ò no.

38 Los Contadores parece no podrán hacer las adjudicaciones por defecto de jurisdicion para pronunciar, y que solamente tienen facultad para dar su dictamen, y exponerlo al Juez, à fin de que pronuncie. Pero no obstante digo, que pueden hacer la adjudicacion de los bienes que no admiten comoda division, segun expresamente lo dicen la ley *In judicio familiæ erciscundæ* 47. ff. *Familiæ erciscundæ*, ibi: *Et cum adjudicationes ab arbitro fiant, si uni adjudicetur totus fundus caveri oportet, ut quæ ex his actionibus receptæ fuerint, reddantur, aut quæ in eas impensæ factæ fuerint, præstentur*, y otros textos, (1) y tambien la de los demás bienes por sus precios; porque por el hecho de nombrarlos las partes es visto darles comision para todo; y lo mismo el Juez que se conforma con su nombramiento, por cuya conformacion les subrroga su facultad en quanto à la práctica de la liquidacion, y aplicacion: y asi valdrán las adjudicaciones.

Y

(1) Ley Si qua 7. Cod. Familiæ erciscund. ley Mœvius 52. §. 2. ff. eod. tit. y ley penult. ff. de Confes. Ayor. dicha quæst. 5.

39 Y para que el Contador proceda con justificacion en ellas, y en la particion, y por su impericia no se concilie el odio de los herederos, ò socios, ni sea causa de discordias, y pleytos entre ellos, debe no perder de vista, ni echar al olvido las catorce reglas, ò advertencias siguientes. La primera, que observe igualdad, y proporcion no solo en quanto al numero, quota, ò cantidad que à cada interesado corresponda, sino al valor, y estimacion, qualidad, y bondad de las cosas que le aplique: de modo, que no adjudique à uno lo florido, y à otro lo malo: à uno lo redituable, y fructifero, y à otro lo infructifero, sino à todos proporcionalmente, (pudiendo ser) segun su respectivo haber de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, infimo, fructifero, infructifero, exequible, dudoso, incobrable, mueble, raiz, semoviente, &c. (1) pues si los agravia, y en contradictorio juicio no son oidos los agraviados, se debe deshacer el agravio, y el Juez reducirlo à alvedrio de buen varon, con su audiencia, antes que apruebe la particion, como se prueba de la ley 3. Cod. *Communia utriusque judicii*, que dice: *Majoribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Pero si fueron oidos, y condenados, y se confirmó la sentencia condenatoria, ò no apelaron de ella, y se pasó en cosa juzgada, deben observar en todo la particion, ya sea hecha extrajudicialmente por los interesados, y presentada al Juez para su aprobacion, ò judicialmente. (2)

La

(1) Ley Si probatum, Cod. Communi dividund. Barbos. in leg. Ad officium, Cod. eod. tit. n. 5. Boer. decis. 46. n. 7. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 23. 24. y 41. al 46.

(2) Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 6. y 7.

40 La segunda regla es, que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados, ò herederos, ya sea por haberla comprado antes, ò por habersele legado, donado, ò adquiridola por otro titulo, le prefiera en la adjudicacion de su total, pues debe obtener la prelacion à los coherederos por la mayor porcion que en ella le toca, y cumple con consentir que à estos se reintegre en dinero de las suyas: y si algunos tienen comunion en ella, debe ser preferido el que mas parte tenga al que no tiene tanta. (1)

41 La tercera es, que si los socios, ò herederos hicieren algunos pactos acerca de la division de la herencia, ò bienes de la sociedad que contraxeron, los observe exactamente, sin tergiversarlos, ni alterarlos total, ni parcialmente, mirando siempre à la utilidad comun de todos, y no à la del uno solamente, pues aquella es preferida à ésta; por lo que à este fin los igualará con dinero, si de otra suerte le es impracticable. (2)

42 La quarta, que si alguna cosa inmueble, ò raiz de la herencia, ò sociedad, que tiene comoda division, se reparte entre todos los interesados, ò entre algunos, no sea saltuariamente, quiero decir, que no les consigne sus porciones separadas, v. g. una al principio, otra al me-

(1) Ley Sancimus, §. Ne autem, Cod. de Donation. ley 2. Cod. Quando, & à quibus, ley 2. Cod. de Metall. Valasc. consult. 53. y de Partition. cap. 22. n. 3. Wald. de fratrib. part. 11. n. 9. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 4. glos. 9. n. 82. Michalor de Fratrib. part. 3. cap. 38. n. 24. Marquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 10. n. 7. Guerreir. de Divis. dicho lib. 2. y cap. 14. n. 21. y lib. 6. cap. fin. n. 31.

(2) Ley Judicem, Cod. Communi dividund. ley Actionis, §. Labeo, y ley Item quamvis, §. fin. ff. Pro socio. Michalor dicho cap. 38. n. 27. Felician. de Societat. cap. 39. n. 92. Mendez de Castr. in Prax. lib. 3. part. 1. cap. 3. n. 2. Guerreir. dicho cap. fin. n. 33. y 44. lib. 6. de Divis.

medio, y otra al fin, sino unidas, y continuadas en quanto sea posible. (1)

43 La quinta, que si alguno de los partícipes posee un fundo junto à otro de la herencia, ò parte de él, le aplique el de ésta, pues debe ser preferido à los demás, porque asi lo exige la razon, equidad, y buena fé, y lo dicta el prudente arbitrio de buen varon, y en las divisiones se debe atender à la contiguidad, ò inmediacion. Y lo propio milita quando el difunto dexó muchos fundos juntos; pues no se debe proceder saltuariamente en su division, sino aplicar unidos à cada uno los que le quepan. (2)

44 La sexta, que si fuere indispensable dividir entre muchos la cosa comun, en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudique à unos la de sus partes por las de los otros. (3) Pero si de otra suerte no pudiere hacerse la adjudicacion, (v. g. tres hermanos, que poseen una casa, compuesta de tres solares, y à cada uno se aplica su solar, porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, como quando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el inferior) en este caso debe dexar reservada expresamente en las de todos la servidumbre para ellos, de suerte que ninguno pueda impedir al otro el tránsito, ò paso, antes bien lo tenga franco, y ex-

(1) Ley Venditor 56. y ley penult. §. fin. ff. de Action. empt. Felician. ibi. n. 93. y 94. Michalor ibi. n. 26. y 30. Guerreir. dicho cap. fin. n. 26. y 29. lib. 6.

(2) Dichas leyes Venditor, y penult. y ley 2 Cod. de Metall. Micalor ibi. n. 25. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 4. glos. 5. n. 40. Guerreir. dicho cap. fin. n. 27. y 28. y lib. 2. cap. 14. n. 21. y 22. Valasc. de Partition. dicho cap. 22. n. 19. Morguech. lib. 2. y cap. 10. dichos n. 8. Capic. decis. 42. y 420.

(3) Ley Via constitui 23. §. Quæcumque 3. ff. de Servitutib. prædior. rusticor. & ibi. Bartulo, Baldo, & cæteri DD. Wald. de Fratrib. part. 11. n. 9.

expedito, como si fuera unico dueño, y poseedor. (1)

45 La septima, que aplique à cada interesado las alhajas, ò fundos integros, y separados, para evitar su discordia de la proindivision: bien que à veces se ha de permitir à todos el comun uso de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, v. g. si dos de estos tienen dos casas contiguas, y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo éste division comoda, no habrá lugar à su estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él à la suya, se verá en la precision de venderla en baxo precio, en lo que será gravemente leso: por lo que debe quedar indiviso el portal, y no corromperse con titulo alguno la sustancia de la cosa. (2)

46 La octava, que en la division se atienda à lo mas comodo, y util; (3) quiero decir, que si la cosa no la admite comoda, se aprecie, y cabiendo à uno de los partícipes, se le aplique integra, y sino le cabe, que entregue en dinero el exceso: (4) y no entregandolo, y siendo raiz la finca, que se quede à censo reservativo sobre ella, obligandose à pagar al consocio, ò coheredero los correspondientes reditos, hasta que lo libére, y redima; lo

(1) Wald. dicho n.9. Felician. de Societat. dicho cap. 39. n.103. Socin. lib.1. consil.139. Guerreir. dicho cap. fin. n. 22. al 25. lib. 6.

(2) Ley Arbor 19. §. de Vestibulo, ff. Communi dividundo. Bald. in leg. Sabinus, §. Si vestibulo, ff. eod. tit. Michalor ibi. n. 28. Fontanel. ibi. n.72. Felician. ibi. n.95. Guerreir. dicho cap. fin. n. 32. y 50. lib. 6.

(3) Ley Non amplius, §. Cum bonorum, ff. de Legat. 1. & ibi. glos.

(4) Dicho §. Cum bonorum, ley Stichum, ff. de Solutionib. y ley 2. Cod. Quando, & á quibus. Wald. ubi supr. n. 19. y 22. Michalor ibi. n. 22. Fontanel. ibi. n. 95. Capic. decis. 36. Guerreir. ibi. n. 34. al 36.

lo qual se practíca asi, para observar igualdad, y compensar al coheredero el daño que le irroga la mora de aquel à quien se aplica la finca productiva, por no ser justo que el uno se esté utilizando de los frutos, ò producto de la parte del otro, y este carezca de ellos, y de la finca que los produce. (1) Y se dice no permitir comoda division, quando por dividirse vale mucho menos, y pierde la estimacion que unida tiene; (2) ò se hace la division por injuria de otro, y en otros casos semejantes, en los quales si todos quieren dar por ella su valor, debe ser preferido el que tenga mayor parte, y si ninguna tiene, el que posea otra contigua, segun queda expuesto. (3) Y en quanto à si al heredero à quien se adjudicó su parte en dinero, le deberá usuras el coheredero que la retiene, hasta que se la entregue, vease à *Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 21.*

47 La nona, que la estimacion, ò aprecio que se haga de la cosa que no admite division comoda, sea de toda ella, y no de la parte, ò porcion que à cada partícipe se asigne separadamente, porque llegado el caso, y precision de venderse, mejor se vende à uno, ò à muchos el todo, que pedazo à pedazo. (4) A mas, de que unas partes, ya por su calidad, ò por otro motivo suelen ser mas utiles que las otras: y si la cosa se tasó integra, como el precio de ella fue con atencion à lo bueno, media-

(1) Alex. consil. 69. Lup. in leg. Curabit, Cod. de Action. empti. Paris consil. 41. Guerreir de Divis. lib. 8. cap. 21. per tot.

(2) Fontanel. glos. 9. claus. 4. part. 2. n. 76. Rald in leg. Sancimus, Cod. de Donation. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 56. n. 6.

(3) Fontanel. ibi. n. 78. y ex n. 80. al 125. Michalor. de Fratrib. dicha part. 3. y cap. 38. n. 23. Angul. de Meliorat. in leg. 4 glos. 8. n. 1. Guerreir. dicho cap. 13. ò final. n. 34. al 39. lib. 6.

(4) Glos. & Bart. in leg. 1. Cod. Communi dividund. Guerreir. dicho cap. fin. n. 42.

diano, è infimo, se causa perjuicio, pues no habrá quien tome lo infimo, y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro: y si no se hubiere valuado asi, úna el contador todas las porciones, y apliquelas à uno, de suerte, que en él quede integra la alhaja por el total de su valor.

48 La decima, que no se use de la venta, ò almoneda de la alhaja, excepto que no se pueda evitar; (1) pues asi como quando no permite comoda division, se puede usar de la venta, y licitacion, segun diré en el §. siguiente: por el contrario, permitiendola se ha de asignar en ella à cada partícipe su porcion, pues no puede ser compelido en este caso à recibir contra su voluntad el importe de su valor, ò estimacion, (2) porque lo que se divide es la alhaja, como de la herencia, y no el dinero que no dexó el difunto; y asi solo en el caso de no haber otro arbitrio se ha de usar de la venta para igualarse con él.

49 La undecima, que en la division entre el superstite, y herederos del difunto haga separacion de los bienes que llevaron à su matrimonio, ò constante éste heredaron, ò retrageron por derecho de sangre; y si existen se los aplique, y no al conyuge, ò consocio, ni à los suyos, dandoles otros en su lugar; pues aunque durante la sociedad son comunes, y en todos, y cada cosa tienen todos el dominio proindiviso para usufructuarlos: respecto deberse hacer la particion *ex bono, & æquo*, y con buena fé, (3) exigen ésta, y lo bueno, y equitativo que cada uno

(1) Fontanel. ibi. n. 38. Valasc. consult. 114. n. 8. Guerreir. de inventar. lib. 2. cap. 3. per tot.

(2) Ley 1. Cod. Communi dividund. & ibi. glos. & Bart. Michalor ibi. n. 32. Felician. ibi. n. 87. Guerreir. dicho cap. fin. n. 41. al 43. lib. 6.

(3) §. Quædam institut. de Action. Michalor dicho cap. 38. n. 18. y 19.

uno goce, y posea los que adquirieron sus causantes mediante conservar su dominio especial, y no se contriste de ver que los lleva, y disfruta un extraño, pues no se comunican como los gananciales al otro conyuge; (1) y si las cosas mismas que uno de los conyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otras de igual especie, bondad, y calidad, se las aplique, ò à sus herederos; pues habiendolas, tiene derecho à recuperar en ellas el fondo que puso, como subrrogadas en su lugar. Lo propio milita quando el marido con el dinero dotal, y con voluntad de su muger compró alguna finca, como diré en el cap. 3. de este libro, num. 26. al 28. Todo lo qual se entiende, excepto que intervenga convencion contraria de los interesados, ò motivo grave obstativo de practicarlo asi.

50 La duodecima, que si en la herencia hubiere derechos incorporeos, v. g. censos, juros, efectos, jurisdicion, servidumbres, &c. divida sus capitales, y pensiones con la misma equidad, y proporcion que queda expuesta; y si los derechos no se pudieren dividir, se dividirán sus frutos, ò reditos. (2) Advirtiendo, que el uso, ò comodidad de la jurisdicion se ha de dividir à prorrata, (3) y el de la servidumbre por tiempos. (4)

51 Por lo tocante à las deudas à favor del caudal ha de hacer su aplicacion, y distribucion de modo que à ningun

(1) Mendez de Castr. in Prax. part. 1. lib. 4. cap. 3. n. 3. Guerreir. dicho cap. fin. n. 52. al 54.

(2) Sr. Covar. Pract. cap. fin. Cravet. lib. 2. consil. 318. y lib. 5. consil. 895. Roland. consil. 81. lib. 1. Felician. de Societ. cap. 39. n. 81. Guerreir. de Divis. lib. 3. cap. 7. y lib. 6. cap. fin. n. 21.

(3) Boer. decis. 5. n. 2. Alex. consil. 25. n. 4. 5. y 6.

(4) Ley Via iter, §. Usus 1. ff de Servitut. Socin. Junior. in leg. Stipulationes 72. n. 96. ff. de Verbor. obligation. DD. in leg. Eadem 4. §. Cato, ff. eod. tit. Marquech. de Divis. lib. 1. cap. 5. n. 9. y 12. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 9. n. 33.

gun partícipe en la herencia, ò sociedad grave, ni perjudique, por gratificar, ò beneficiar à otro; pues aunque por derecho están divididas entre ellos, (1) y sin dividirlas se dividen, por lo que se dice que no vienen al juicio divisorio: (2) no obstante, debe adjudicar à cada uno el debito integro, (3) para que el deudor no se vea oprimido, ni experimente vejaciones con muchos juicios, siendo uno solo el debito: lo qual se limíta, y entiende excepto que unas deudas sean de dificil exaccion, y otras fallidas, pues de estas dos clases à todos debe aplicar su respectiva porcion en cada una, para que à prorrata sufran la pérdida, y gastos de cobranza. Y en caso que à uno solo las adjudique, debe dexar vivo, y reservado su derecho, para que lo repita de los demás, y à estos obligados à eviccion, à fin de que le satisfagan las partes que les correspondan, asi en la falencia, como en los gastos de cobranza, acreditandolos del mismo modo que si en juicio le quitaran alguna cosa, que como efectiva, y segura se le hubiese aplicado. Pero si pactaren que ninguno ha de quedar obligado à ella, no tiene que reservarle, pues todo queda de su cuenta, y riesgo. (4)

52 La decimatercia, que si hay deudas contra el caudal, y por no estar satisfechas antes de la division se constituye pagador de ellas à alguno de los interesados, haga hijuela de su total, y le aplique dinero para su solucion hasta en su importe: y no habiendolo, bienes, en cu-

(1) Ley Ex pacto 26. Cod. de Pact. ley Ea, quæ in nominibus 6. y ley Licet 23. Cod. Familiæ erciscund.

(2) Barbos. in dict. leg. Ea, quæ n. 1. al 7. Valasc. de Partition. cap 2. n. fin. per text. in leg. Per familiæ 2. §. In hoc judicium, y ley Hæredes ejus, §. 1. ff. Familiæ erciscund.

(3) Ley Plane 3. ff. Familiæ erciscundæ.

(4) Ley Si familiæ 14. Cod. Familiæ erciscundæ. Guerrer. de Divis. lib. 2. cap. 14. ex n. 41. al 48.

cuya venta ningun dispendio propio tenga, como es la plata, y el oro por su peso, è intrinseco valor; pues asi como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve diminucion, ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario será defraudado, y damnificado: y respecto estar obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia à la satisfaccion de las deudas de ésta, y ser primero pagar que heredar: deben sufrir del mismo modo el gravamen, obligarse à eviccion, y privarse de llevar lo florido, porque es de los acreedores; y asi en quanto à esto no hay atencion à bueno, mediano, è infimo; pero sino hay plata, oro, ni otros bienes, en cuya venta no pueda haber pérdida, se deben vender antes los competentes al pago de deudas; y en su defecto obligarse los coherederos à satisfacer à prorrata al constituido pagador la pérdida, y gastos que en ella tenga, baxada su parte, pues como uno debe concurrir con los demás à proporcion de su haber, y asi se expresará en las adjudicaciones, ò por declaracion al final de la particion.

53 Y la decimaquarta, que por ningun titulo altere la tasacion de los bienes, modificandola, ò aumentandola, antes bien se arregle à ella para su aplicacion, y distribucion, pues no es su oficio, ni de su inspeccion, sino de los tasadores; y conforme estén valuados ha de formar el cuerpo de caudal, y adjudicarlos. Por lo que si entre ellos hubiere diamantes, ù otras piedras preciosas inventariadas por el todo de su tasa, por esto mismo, y no por el tercio, ni entre mitad, y tercio las ha de distribuir, y aplicar, excepto que otra cosa pacten, y quieran los interesados. Advirtiendole, que en la adjudicacion, v. g. de un aderezo, ò de otra cosa que conste de varias piezas, no ha de hacer separacion de éstas, sino ap[illegible]

todas (como que unidas componen, y constituyen una completa) à un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimacion que con la union de todas tiene; y si à ninguno cabe, que se venda, ò se convengan acerca de su aplicacion.

54 Por lo respectivo à si los Contadores pueden, ò no ser compelidos à hacer las adjudicaciones, parece que sí, porque una vez que lisa, y llanamente aceptaron el encargo, fue para todo, y no para la mera liquidacion; por lo que no queda duda en que deben evacuar plenamente su comision, y no dexarla imperfecta. Pero aqui he visto años pasados executoria del Consejo en contrario, y el caso es el siguiente: nombraron de conformidad ciertos herederos un Contador, para que dividiese entre ellos la herencia. Liquidó el caudal, y lo que à cada uno tocaba: y conociendo su caracter discolo, les instó à que se juntasen en su casa à elegir bienes con presencia del inventario. Se resistieron, diciendole que se los aplicase, lo que reusó, fundado en que ignoraba los que à cada uno acomodaban, y no queria que luego propalasen habia procedido con pasion, ò dixesen de agravios de la adjudicacion, y consumiesen la herencia. Viendo ellos su renuencia, se quexaron al Juez, el qual oído el Contador, les mandó juntarse en su casa; de cuya providencia apelaron, y se confirmó por el Consejo.

55 Aunque el Juez ordinario, y el Delegado no pueden enmendar, ni revocar su sentencia despues de proferida, y publicada, por estarles prohibido, (1) à causa de haber usado de todas sus facultades, y acabadose en aquel juicio su oficio, segun sentaré en el capitulo del jui-

(1) Ley Judex postea quam de Re judicat. 55. y ley Cum quæsebatur 62. ff.

juicio ordinario § 13. num. 472. no milita esto para con los meros Contadores; pues ya sea de oficio, ò à pedimento de qualquiera de los interesados pueden enmendar el error que hayan padecido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron fue para evacuarla perfectamente sin él, y no obstante que no lo hayan expuesto asi en el nombramiento, se entiende tacitamente, y su parecer no es sentencia. Pero la enmienda ha de ser antes que el Juez apruebe la particion, porque despues no se les permite. (1)

§. III.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LAS cosas individuas, y el censo vitalicio personal que el testador tiene contra sí.

56 AL juicio divisorio vienen las cosas corporeas, è inanimadas, que pueden dividirse comodamente en partes discretas, y separadas, v. g. el vestido, casa, fundo, olivar, y otras semejantes. (2) Vienen tambien algunas, que sin daño suyo no pueden dividirse, por lo que no admiten comoda division, v. g. el siervo, el caballo, el molino, &c. las quales se llaman individuas en derecho; y por si los interesados quieren tener en ellas su parte separada, y que no estén proindiviso, se halló un modo de dividirlas, por medio del qual la tenga

(1) Ley Cum quid 3. ff. de Rebus credit, si certum petet. y ley Cum putarem, ff. Familiæ erciscund. Ayor. de Partition. patt. 3. quæst. 8.

(2) Ley Quod in rerum, § Si quis post, ff. de Legat. 1. ley Si quis duas, §. 1. ff. Communia prædior. y los tit. ff. Familiæ erciscundæ, y Communi dividundo.

ga indirectamente cada uno, del que trataré en el num. 61. Vienen asimismo otras, que natural, y legalmente son omnimoda, y absolutamente individuas, v. g. las servidumbres, (1) las quales, ni por el hombre, ni por la ley se dividen, ni pueden dividir aunque se quiera. (2) Y vienen finalmente otras, que sin embargo de que por naturaleza son indivisibles, se pueden dividir legal, è intelectualmente, v. g. los derechos, obligaciones, y acciones que *ipso jure* se dividen activa, y pasivamente entre los herederos; (3) y estos derechos (que se llaman nombres de deudas, o deudores) no vienen al juicio divisorio, ò *familiæ erciscundæ*, sino solamente por via de adjudicacion, porque están divididos intelectualmente por la ley, (4) como en el num. 51. he sentado.

57 De lo expuesto en el numero inmediato se prueba, que la division es de dos maneras, una real, y demonstrable, porque se hace por partes discretas, y separadas; y otra intelectual, porque subsistiendo la cosa integra, è indivisa, asi como se divide intelectualmente por la ley, se puede dividir del mismo modo por el hombre, señalando à muchos sus respectivas partes en ella. (5)

58 Esta division intelectual recae no solo en los derechos, y acciones que la ley divide, sino tambien en las

(1) Jason en la ley 2. §. Et harum n. 7. ff. de Verbor. obligation.

(2) Ley Hæredes, §. An ea, ff. Familiæ erciscundæ.

(3) Ley 1. Cod. de Reb. credit. ley Pro hæreditariis 2. y todo el tit. Cod. de Hæreditariis actionib.

(4) Ley Ea quæ, Cod. Familiæ erciscund. & ibi. Paul. & Odofred.

(5) Ley 5. ff. de Stipulation. servor. ley Mœvius 68. §. Duobus, ff. de Legat. 2. ley 9. §. Qui decem, y ley 54. ff. de Verbor. obligation. ley Cum stichus 29. ff. de Solution. ley 25. §. fin. ff. de Servitut. rusticor. y ley Si quis duas, §. Si quis partem, ff. Communia prædior.

las cosas corporales divisibles en quanto están pro indiviso, porque en ellas se hace asimismo la division intelectual, y mental por porciones: por lo que lo propio obra en éstas que en aquellos, con la unica diferencia de que en éstas se puede proceder real, demonstrativa, y separadamente siempre que los interesados quieran que se dividan, y en aquellos no. (1)

59 Y omitiendo explicar los diez y siete modos, por los quales se reputa legalmente individua una cosa, porque el saberlo no importa al Contador, y lo explican los Autores: (2) digo, que la individuidad, ò indivisibilidad se causa, è induce de tres maneras, ò por naturaleza, v. g. en las servidumbres, y otros derechos incorporeos que no admiten separacion real, y demonstrativa, ò por disposicion de la ley, v. g. en la estipulacion generica, ò alternativa del hombre, (3) ò por voluntad de los contrayentes, v. g. quando pactan que ellos, sus herederos, ni succesores no impedirán la servidumbre, y transito por la heredad que está proindiviso, y se ha de aplicar al uno.

60 Y como puede suceder que en la herencia se hallen estas cosas, y obligaciones individuas, para que el Contador no ignore como ha de proceder en su division, de que trata el famoso texto *Hæredes* 25. §§. *An ea stipulatio* 9. y *sig. ff. Familiæ erciscundæ*, procuraré instruirle con los siguientes exemplos: Pedro estipuló que Juan habia de pasar por su heredad, y que él, ni sus here-

(1) Duaren in §. Et harum cit. & in fin. [illegible] & libr. Disp. [illegible] Valasc. de [illegible] 6. y 7.

(2) [illegible] in leg. [illegible] tariis, Cod. de Hæreditariis actionib. Jason in dict §. Et harum n. 3.

(3) Dicha ley 2. §. Et harum ff. de Verbor. obligation.

rederos no se lo estorbarian, y murió dexando varios herederos. En este caso esta obligacion individua no viene à este juicio, y asi compete activa, y pasivamente la accion de todos los herederos del uno contra todos, y qualquiera de los del otro *in solidum*, ya prohiban el paso todos, ò el uno solo; (1) por lo que los herederos han de prestar caucion de indemnidad, de que el hecho del uno no dañe à los otros. Lo propio milita, si el testador lega la servidumbre, ò transito, pues qualquiera de sus herederos *in solidum* está obligado à concederlo, y à dar la caucion referida. Tambien se ha de proceder por caucion de indemnidad entre los herederos en la promesa penal hecha por el difunto, de que si v. g. dentro de un año no pagáre cierta suma, satisfará tanta pena; en cuyo caso para eximirse de ésta, no basta que uno de los herederos pague su parte, pues ò todos han de satisfacer el todo del debito, ò uno por sí, y por ellos: y en su defecto no se libertarán de la pena, porque al acreedor compete accion *in solidum* contra todos. Sobre lo qual vease à *Alvaro Valasco de Partition. cap.* 27. desde el num. 10. hasta el fin.

61 Queriendo todos los herederos el fundo, casa, viña, olivar, ù otra alhaja, raiz, ò mueble de estimacion que hay en la herencia, y no conformandose en quién la ha de llevar, ò cómo se ha de dividir, si admite comoda division, se ha de partir igualmente, ò à proporcion de la institucion. Sino la admite, se ha de aplicar enteramente à uno, y éste pagar en dinero à los coherederos las porciones que en ella les podia tocar, precedida su tasacion, à lo qual le puede condenar el Juez. Resistiendose

(1) Alberic. en dicho §. An 27. n. 10. ea. Valasc. de Partition. dicho cap.

se cada uno à llevarla en estos terminos, ya sea porque no se pueda dividir comodamente, ò por no tenerle cuenta, ò por otro motivo, ha de mandar que se sortee, y aquel à quien toque por suerte, no se debe escusar de admitirla con dicha responsabilidad, ò sin ella en caso de caberle, ò sino, hacer que se venda entre ellos, y aplicarla al que dé mas por ella, y deducida su parte, que entregue el residuo, y dividirlo entre los demás, ò venderla à un extraño sino quieren comprarla, ò no dan su justo precio, ò aunque uno lo ofrezca, si dice que por su indigencia no puede aprontarlo, y aplicarles el que el extraño dé; pues todo depende del prudente, y arreglado arbitrio del Juez, para evitar disensiones entre los partícipes: (1) cuyos modos de hacer particion de cosa individua, ò de la que reusan tomar en pago de su haber por pretextar se les perjudica, son los mas frecuentes, pues el de que el hermano mayor en edad haga las porciones, y los menores elijan, aunque no está reprobado, no se practíca regularmente.

62 Aunque la jurisdicion es indivisible, y por eso pertenece *in solidum* à los mayores en edad que la tienen, (2) no obstante, quando hay muchos Pueblos comunes de la herencia con jurisdicion, se ha de dividir, y adjudicar separadamente cada uno con ella, para que cada heredero la use con independencia de los demás: (3) y de esta suerte no tendrán que alternar annualmente, como si

(1) Ley 10. tit. 15. Partid. 6. ley 2. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, ley Item Labeo, ff. Familiæ erciscund. y ley Ad officium, Cod. Communi dividund.

(2) Bart. & DD. in leg. 1. ff. de Offic. Proconsol.

(3) Bald. in §. Si familiæ, Institut. de Offic. Judic. & in leg. 2. Cod. Quibus, & quarta pars. Alex. lib. 5. consil. 25. vers. Præterea, col. penult. Aimon Cravet. consil. 264. n. 6. al fin. vol. 2.

si se dexase proindiviso. Pero si es de mas valor el que se aplica al uno, que el del otro, debe mandar el Juez que el que lleva el mayor, satisfaga en dinero el exceso al coheredero, y à ello le puede compeler. (1)

63 Si en la herencia hay un Pueblo solo con jurisdicion, puede dividirse con ella: pues al modo que el Pueblo se divide realmente, del mismo modo la jurisdicion à él inherente. (2) Lo qual se limíta en caso que por esta division se multiplique la jurisdicion, y Tribunal, pues entonces no se puede dividir sin consentimiento superior, y urgencia de la causa pública, excepto en los Feudos, Ducados, Condados, y otros semejantes, los quales aunque propiamente no se pueden dividir, pero sí el uso, y administracion à ellos anexa. (3)

64 Quando los dueños jurisdicionales tienen partes iguales en la jurisdicion de algun Pueblo, y discordan en el exercicio de ella, deben ser compelidos à concordarse, ò à dividir alternativamente el uso de ella por años, ò à elegir de acuerdo un Juez que la exerza. (4) Y si tienen partes desiguales, lo deben ser tambien à hacer unanimes la eleccion, ò sino à nombrar cada uno por el tiempo que le toca, v. g. el que tiene ocho partes por ocho

(1) Dicha ley Ad officium, y §. Quod si de una, Institut. de Offic. Judic. Alex. consil. dicho n. 18 Morquech de Divis. lib. 1. cap 5. n. 5.

(2) Ley Arbor 19. §. fin. ff. Communi dividund. & ibi. Bart. & in leg. Lucio, ff. de Aqua quotidian. Alexand. dicho consil. 25. num 4.

(3) Bart. in leg. Inter actores al fin. ff. de Administr. tutor. Socin. in leg. Stipulationes n. 88 ff. de Verbor. obligation. Alex consil. cit. n. 4. y 5. Riminald consil. 57. n. 4.

(4) Glos. in cap. Licet 16. quæst. 3. verb. Convenit. Abb. y Felin. in cap. Prudentiam de Offic. Delegat. Alex. Angel. Jason, y otros en la ley 2. §. Ex his, ff. de Verbor. obligation Morquech. dicho lib. 1. y cap. 5. num. 3. y 4.

ocho meses, y el que quatro por quatro, &c. (1)

65 Si el testador tomó dinero à censo, ò renta vitalicia, y vive el pensionario, ò alimentario, debe el Contador dexar el capital recibido en uno de sus herederos por via de deposito con cargo de acudir con la renta annua al pensionista, y con la condicion expresa, de que si éste viviere tanto que consuma el capital, y perciba mas que su importe, ha de poder repetir, y exigir el heredero de los coherederos el exceso que le pague à prorrata, deduciendo la parte que como uno de ellos le corresponda satisfacer, obligandose todos omnimoda, y proporcionalmente à su solucion; y por el contrario, si muriere antes que se consuma el capital, tenga obligacion de comunicar à los demás el sobrante: y de esta suerte ninguno queda perjudicado, como advertí en el cap. 5. §. 4. num. 58. de mi primera parte.

§. IV.

COMO SE HA DE DIVIDIR LA alhaja enfiteutica.

66 Viene tambien al juicio divisorio la cosa enfiteutica hereditaria perpetua, y por consiguiente pueden los herederos dividirla: pues si los predios del real patrimonio concedidos al difunto, ò comprados por él, se pueden dividir, como lo dice la ley 10. *ff. Familiæ erciscund.* ibi: *Item prædia, quæ nostri patrimonii sunt, sed & vectigalia, vel superficiaria*, con superior razon

(1) Boer. decis. 5. n. 2. y sig. n. 7. y 8. Morquech. dicho lib. 1. y cap. 5.

zon deben venir los enfiteuticos, respecto se equipáran, (1) porque vale el argumento del feudo al enfiteusi, quando no milíta razon diversa. (2) Y tan constante es lo expuesto, que el padre comun no puede mandar lo contrario. (3)

67 Pueden dividir los herederos el predio enfiteutico hereditario por regiones, ò partes, aplicandolo proporcionalmente à cada uno segun su haber, ò enteramente à uno con obligacion de dar à los otros la estimacion, ò valor de su parte; cuya division, como que es enagenacion necesaria, y no voluntaria, pueden hacer sin obligacion de requerir al Señor del dominio directo, si lo quiere por el tanto; porque por esta omision no incurre el predio en caducidad, ò comiso, ni por la division se debe laudemio. (4) Lo qual se entiende, excepto que en la escritura primordial de la constitucion del enfiteusi se haya estipulado lo contrario.

68 Se entiende, y há lugar tambien lo explicado entre los nuevos enfiteutas: quiero decir, quando el enfiteusi se concedió à muchos con pacto expreso de que el superstite succediese al premoriente, ò de que entre ellos hubiese derecho de acrecer: (5) pues en este caso pueden dividirlo igualmente en la forma expuesta, sin riesgo de que cayga en comiso, ni necesidad de requerir al Señor, por-

(1) Rubric. y todo el tit. ff. Si ager vectigalis.

(2) Speculator tit. de Fœudis, §. Quoniam cerca del fin. Bart. en la ley Et jusjurandi, §. Si liberi, ff. de Operis libertor. Jason en la ley fin. Cod. de Jure emphiteutic.

(3) Ley 1. §. Quia autem 6. ff. de Superficiebus. Decio consil. 389. n. 1. Anton. Rub. consil. 133. n. 2. Valasc. de Partition. cap. 25. n. 1. al 7.

(4) Ley fin. Cod. de Jure emphiteutic & ibi. DD. ley fin. Cod. de Litigios Bart. in leg. Et ideo, ff. de Conditionib. institution. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. n. 118. y 119.

(5) Bart. & DD. in leg. Qui Romæ, §. Duo fratres quæst. 10. n. 24. ff. de Verbor. obligation.

porque no hay persona nueva à quien éste no conozca, y haya admitido, y aun enagenar sus partes, porque esta no es propiamente enagenacion, sino anticipada renunciacion de su derecho. (1)

69 Si el padre llama à un hijo al goce del enfiteusi perpetuo referido, y le entrega la alhaja enfiteutica, debe observarse su voluntad, y el hijo lo llevará con obligacion de reintegrar à sus hermanos sus porciones, porque no hay ley que lo prohiba; y el padre puede disponer libremente de sus bienes entre sus hijos, con tal que à ninguno perjudique en su legitima; (2) y asi donandolo al emancipado, vale al instante; (3) y si lo dona al que está en su poder, aunque no vale entonces: (4) pero interviniendo su tradiccion, se confirma con su muerte. (5)

70 Lo mismo procede quando lega à algun hijo la finca gravada con el enfiteusi, ò la encabeza en uno: pues debe ser observada su voluntad en la division de la herencia entre sus hijos, no gravandolos en su legitima: (6) y en este caso no debe laudemio el hijo encabezado al Señor del dominio directo, porque es enagenacion necesaria, en la qual cesa lo dispuesto por la ley final, *Cod. de Jure emphiteutico*, y por la 29. tit. 8. Partid. 5. y asi no se debe pagar (7)

71 Enagenando alguno de los herederos del enfiteusi per-

(1) Valasc. dicho cap. 25. n. 10. al 17.

(2) Ley 1. ley Si totas, y ley Si liqueat, Cod. de Inoffic. donation. & ibi. DD.

(3) Ley Sive emancipatis 2. Cod. de Donationib.

(4) Dicha ley Sive emancipatis.

(5) Ley Donation. quas, y ley Papinianus, & ibi. glos. fin. Cod. de Donation. inter vir. & uxor.

(6) Ley Parentibus 8. Cod. de Inoffic. testam.

(7) Bart. in leg. Et ideo al fin, ff. de Condition. furtiv. Bertrand. consil. 180. lib. 2. dub. 2. Jason en la ley final, Cod. de Jure emphiteutic.

perpetuo la parte que en la alhaja enfiteutica le tocó, sin requerir primero al Señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, se ha de distinguir, ò estaba en posesion de la alhaja, y con motivo de la enagenacion la entregó al comprador, ò no. Si estaba, cayó solamente en comiso la parte enagenada, (1) porque esta pena es legal, y persigue, y castiga unicamente à quien delinque; (2) pero sino estaba en posesion, ni entregó la alhaja, no há lugar el comiso. (3)

72 Las mejoras hechas en la alhaja enfiteutica son propias del que las hace, por ser cosa distinta del enfiteusi: y asi las puede legar, donar, y enagenar, como se prueba de la ley fin. *Cod. de Jure emphiteutico*, ibi: *Suas meliorationes, quæ græco bocabulo* Emponemata *dicuntur, alienare, vel jus emphiteuticum in alium transferre.* Por lo que si el enfiteusi es perpetuo, vendrán todas à la particion; y aquel en quien quede, ò se encabece el derecho, y alhaja enfiteutica, tendrá que satisfacer en dinero à los coherederos la porcion que les corresponda de las mejoras, las quales se tasarán juntas con el derecho enfiteutico, y no separadas de él, porque es individuo: (4) y asi se practica.

73 Pero si el enfiteusi es de *nominacion*, y uno de los hijos fuere nombrado à su obtencion, y por consiguiente obligado à traerlo à colacion, deberá colacionar no solo las mejoras, sino el precio en que fue comprado, por las

(1) Curt. Cornel. Riminald. y otros que cita Alciat. en la ley 4. §. Cato, ff. de Verbor. obligation. ex n. 108. y Socin. n. 20. Tiraquel. 1. Retract. §. 23. glos. 1. n. 208. Jul. Clar. quæst. 13. verb. Emphiteusis.

(2) Ley fin. ff. ad Syllan. ley Fraudati, §. fin. ff. de Publician.

(3) Valasc. de Partition. cap. 25. n. 36. al fin.

(4) Valasc. de Partition. cap. 26. n. 23. y 24.

las razones que expondré en el lib. 2. cap. 3. ex n. 102. al 111. de este tratado, como en su propio lugar, porque entre descendientes siempre viene al juicio divisorio por colacion. En quanto à quando el enfiteusi, ya sea Eclesiastico, secular, ò mixto, es, ò no hereditario partible, y transmisible, y en él ha de succeder varon, y no hembra, y otras cosas concernientes à este asunto, vease à *Valasco de Jure emphiteutic.* à *Guerreir. de Divis. lib.* 2. *cap.* 8. à *Morquech. de Divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 6. y à los que citan, pues por no ser preciso para las particiones, omito molestar al Contador con su explicacion.

CAPITULO III.

DE LAS DEDUCCIONES LLAMADAS *comunes*, ò *generales*, que ante todas cosas se deben hacer del caudal inventariado.

SUMARIO.

§. I.

1. *PAra saber si hay utilidades, ò pérdidas en la sociedad conyugal, se deben deducir del cuerpo de caudal los bienes que los conyuges pusieron por fondo, (segun se practíca en la convencional) y las deudas en su intermedio causadas.*

2. *Debe hacer presupuestos el Contador de lo que resulte de los documentos que tuvo presentes, para la claridad de la particion, è instruccion de los interesados.*

3. *Evacuados los presupuestos, debe formar cuerpo de caudal, poniendo los bienes por clases, y por mayor.*

4. 5. *Del cuerpo de caudal ha de deducir previamente la dote legitima, que la muger llevó al matrimonio, si su marido no se la debolvió en vida.*

6. 7. *Siendo la dote en dinero, ò bienes muebles, ò consistentes en numero, peso, ò medida, y valuados con estimacion que causa venta, debe el marido restituir su precio, no pactandose otra cosa en la escritura dotal.*

8. *No están obligados los herederos del marido à pagar la dote en dinero, ni en otros bienes que en los de la herencia.*

Ha-

9. *Habiendo lesion en la valuacion de los bienes dotales, puede pedir el agraviado que se deshaga en qualquiera cantidad que sea.*

10. *Si aunque fuesen estimados los bienes dotales no causó venta su estimacion, y consisten en numero, peso, ò medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, peso, y bondad, ò su valor.*

11. *Y si son de otras especies, ò ganados, ¿à quién pertenecerá su incremento, ò decremento?*

12. 13. 14. *Habiendo recibido el marido bienes consistentes en numero, peso, ò medida, ò en otras clases, ò ganados no productivos sin apreciarse, ¿qué deberá restituir, ya haya, ò no gananciales?*

15. 16. *¿Y qué, consistiendo la dote en ganados productivos, y habiendo, ò no crias de ellos, ò gananciales?*

17. 18. *Si el marido vendió los bienes dotales no estimados, para pagar sus deudas, ò las de su matrimonio, restituirá el valor que por ellos percibió.*

19. *Al marido toca el deterioro de los bienes dotales no estimados en quatro casos.*

20. *Habiendo convertido el marido en usos agenos de la sociedad conyugal la dote de su muger, ¿de dónde se deberá deducir su importe?*

21. *Consistiendo la dote en deudas, si el deudor es ascendiente de la muger, no debe responder de ellas el marido, aunque no las cobre.*

22. *Si el deudor es extraño, y la deuda necesaria, debe satisfacerla el marido en caso que por su culpa, ò negligencia haya dexado de exigirla.*

23. *Y si la deuda es necesaria, se distingue.*

24. 25. *Ocasionandose gastos al marido en cobrar la dote consistente en deudas, la disminuirán.*

26. 27. 28. *Comprando el marido con el dinero dotal alguna finca, ò trocando la*

dotal por otra, ¿si se subrrogará, ò no, y tendrá por dotal la comprada, ò trocada, y en qué precio se las han de adjudicar?

29. *Llevando la muger en dote, legado annuo, pension, ò empleo, ¿qué ha de hacer el Contador?*

30. al 34. *En concurrencia de dos dotes, habiendo, ò no gananciales, y queriendo la muger segunda su mitad, ò renunciandola, ¿quál se ha de deducir primero?*

35. *Si el marido casó algun hijo del matrimonio primero durante el segundo, y le entregó el todo, ò parte de su haber materno, ò algo mas à cuenta del paterno, ¿cómo se ha de girar la cuenta para no perjudicar à la muger segunda en sus gananciales?*

36. al 38. *Dote confesada ¿qué privilegio goza, cómo se ha de deducir entre herederos legitimos, y extraños; y si perjudica, ò no al marido la confesion de haberla recibido?*

39. 40. *Para que valga la enagenacion de los bienes dotales hecha por el marido, ha de concurrir à ella la muger.*

41. *Habiendo consentido la muger con juramento la enagenacion de sus bienes dotales, ¿si disuelto el matrimonio podrá, ò no repetir su importe?*

42. 43. *Despues de la dote se deben baxar los bienes parafernales de la muger, si los entregó à su marido, y no de otra suerte.*

44. *Si la muger no entregó los bienes parafernales à su marido, pero los llevó à su poder, y con el uso de ambos, y consentimiento suyo se consumieron, ¿en qué casos se la abonará su importe?*

45. *El marido que consumió los bienes parafernales sin consentimiento de su muger, está obligado à su restitucion.*

46. *No está prohibido al marido enagenar los parafernales con consentimiento de su muger. Y si ambos los vendieron, y su precio se*

se convirtió en satisfacer deudas de ésta, no tiene derecho à pedirlo.

47. *Se ha de abonar à la muger el precio de sus bienes parafernales que no se convirtió en su utilidad.*

48. *No perjudica à la muger el consentimiento que prestó para la venta de sus bienes parafernales.*

49. *Si el marido los vendió por su justo precio sin consentimiento de su muger, podrá ésta sacarlos al comprador.*

50. 51. *Y si los vendió en menos que lo que valian, y hay, ò no gananciales, ¿si la muger tendrá, ò no derecho à repetir su verdadero valor, ya acepte, ò renuncie los gananciales?*

52. *No contentandose la muger con el precio en que su marido los vendió, y queriendo el legitimo que tenian, ¿cómo, y de dónde se ha de deducir?*

53. *Pidiendo la muger no solo el legitimo valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplacito, si no la mitad de frutos, que desde la venta pudieron haber producido, será oída.*

54. *Despues de los bienes parafernales se han de deducir los que la muger heredó, y recayeron en ella por titulo lucrativo.*

55. 56. *Pertenecen al marido en tres casos los frutos de la dote de su muger, pero no los de los bienes parafernales.*

§. II.

57. *No habiendo deudas contra el caudal, se ha de baxar el capital del marido despues de los bienes que su muger entró al matrimonio, ya haya, ò no gananciales.*

58. *Habiendo deudas, se deben deducir antes que el capital.*

59. *Aunque las deudas adquiridas en el matrimonio consuman el capital, y gananciales, no se prorratearán entre marido, y muger.*

60. *Si hay gananciales, aunque los bienes que marido, y muger entraron en su*

matrimonio hayan perecido, y todos los existentes sean superlucrados en éste, se han de deducir primero el importe de los capitales de ambos conyuges, y las deudas de la sociedad.

61. *No habiendo gananciales, perderá el marido los bienes consistentes en numero, peso, ó medida que entró en el matrimonio, y se consumieron.*

62. *Pero si los hay, sacará el valor que tenian quando los llevó.*

63. *Si en el matrimonio entró ganado productivo sin apreciar que falleció, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte. Y lo propio se practicará, si voluntariamente lo vendió.*

64. *Si la venta fue necesaria, y se celebró en baxo precio, no solo lo exigirá, sino el justo que al tiempo que se efectuó valia.*

§. III.

65. 66. *Antes de dividir los gananciales, se han de deducir las deudas que los conyuges contrageron en su matrimonio, y las expensas hechas por utilidad de la sociedad conyugal.*

67. *Si habiendolas contraido ambos* in solidum, *demandaren à la muger por el todo, debe pagarlas enteramente en quanto alcancen los gananciales.*

68. *Las deudas que cada conyuge tenia quando se casó, las debe pagar de su privativo haber.*

69. *Se explica el modo de deducirlas.*

70. *Llevando deudas, y ningun caudal al matrimonio uno de los conyuges, si se pagan constante éste, llevará de menos su importe.*

71. *Declarando el testador estar debiendo à alguno cierta suma, y mandando que se le pague, ¿de dónde se ha de deducir, ya conste, ò no por otro medio legal, y sean legitimos, ò extraños los herederos?*

72. 73. 74. *Si la muger casada mantiene à sus padres,*

dres, ò el marido à los suyos, ò à algun hijo de su anterior matrimonio, ¿de dónde se deben deducir estos alimentos?

75. *Entre las deudas que se deben baxar del caudal comun, se numeran los salarios de los criados.*

76. al 80. *¿De dónde, y cómo se deben deducir los derechos de inventario, tasacion, particion, y demás que ocurran hasta la conclusion de este juicio?*

81. *Los gastos utiles, y necesarios que alguno de los herederos hizo de su caudal durante la proindivision en beneficio de los bienes comunes, se deben baxar del acerbo de él.*

82. *Si habiendolos interpelado para su pago, no se lo hiciesen, deben satisfacerle desde la interpelacion los intereses correspondientes.*

83. *El heredero, que estando los demás ausentes, posee la herencia, y hace gastos en defenderla, no tiene accion à que se los abonen, excepto en un caso.*

84. *El heredero presente que no poseía la herencia, si la pide toda para sí al que la tenia, debe comunicar con el ausente la victoria del pleyto, pagandole à proporcion los gastos hechos en éste.*

CO-

§. I.

COMO, Y POR QUE ORDEN SE HAN de baxar del caudal inventariado la dote, bienes parafernales, y demás que la muger llevó al matrimonio, y heredó constante éste: y en concurrencia de dos, ò mas dotes, quál se ha de baxar primero, habiendo, ò no gananciales.

1 COnsiderables son en alto grado los perjuicios que algunos Contadores irrogan à las partes en las particiones de bienes de difunto, por ignorar el modo de hacer las deducciones generales, y particulares, y no dar à cada una el lugar correspondiente. Y para que el lego principiante se instruya radicalmente de materia tan importante, y no se los cause, digo, que asi como en la sociedad convencional, para saber si hay utilidades, ò pérdidas, es indispensable separar previamente (como se separa) del acerbo, ò cumulo de todo el caudal los bienes, capital, ò fondo que cada socio puso, ò su importe, y las deudas contraidas durante ella con motivo del negocio sobre que se estableció: (1) porque quando entre algunos se contrae simplemente, se entiende de los bienes futuros, y no de los capitales que en ella incluyeron, pues deben quedar salvos, à menos que especial, y expresamen-

(1) Ley Mutius, ff. Pro socio, de Peculio. ley Peculii 4. §. Si ære alieno, ff.

mente pacten lo contrario: (1) asi tambien en la conyugal se deben deducir ante todas cosas del cuerpo del inventariado los que ambos conyuges entraron en la compañia que por el matrimonio celebraron, (ya sea al tiempo de casarse, ò mientras estuvieron casados) ò su importe, y las deudas en su intermedio causadas, porque de otro modo es imposible averiguar si hay, ò no gananciales: pues esta sociedad, y aquella se equipáran regularmente. (2)

2 Enterado el Contador del inventario, y demás papeles concernientes à la particion que ha de evacuar, ya sea de uno, dos, ò mas matrimonios, conviene que con toda claridad, y fidelidad haga presupuestos de lo que de todos resulte por su orden cronologico, y en el ultimo exprese quánto importa el caudal, y el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente: qué motivos huvo para su distribucion, y deducciones: en qué terminos se hicieron, y si fueron, ò no arregladas, y vean en sus hijuelas, ò adjudicaciones (como que en ellas se deben insertar) los fundamentos en que se afianza la division, y si se les perjudicó, ò no en su haber: pues los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion, ni por su defecto se anula, pero dan una clara idea, è instruccion de todo.

3 A continuacion de los presupuestos debe formar cuerpo de caudal, poniendo su total por clases, y por mayor, v. g. *en tierras tanto, en viñas tanto, en madera tanto,*

(1) Leyes Coiri societatem, y sig. ff. Pro socio, y ley 3. §. 1. ley Cum duobus, §. Damna, y ley Si societatem universarum, ff. eod. tit. & ibi. DD.

(2) Gom. en la ley 50. de Tor. n. 69. Montalv. y Suar. en la 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real cerca del fin. Matienz. en la 1. tit. 9. lib. 5. glos. 2. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la 55 tit. 5. Partid. 5. glos. 2. vers. Et facit hoc ad aliam quæstionem.

to, en ropa blanca tanto, en ropa de seda tanto, &c. (segun lo advertirá en los exemplares que al fin del libro segundo pondré) y no copiar el inventario: pues esto à mas de ser inutil, porque los bienes que contiene se reparten entre los interesados, à los quales basta saber à quánto ascienden, qué deducciones se hacen de ellos, por qué, y cómo, y qué es lo que les toca, y en qué especies con individualidad, se les originan gastos infructuosos que debe evitarles.

4 Formado el cuerpo de caudal en los terminos explicados, ha de hacer de él las deducciones correspondientes: y lo primero que debe baxar es la dote legitima, verdadera, y numerada, que la muger acredite legalmente haber llevado al matrimonio, y entregado à su marido; cuya previa deduccion se ha de hacer (ya sean legitimos, ò extraños los herederos de éste) por dos razones: La una, porque no solo es fondo, ò capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino deuda contra los bienes de su marido, y preferida à todas las que éste contraxo constante matrimonio. Y la otra, porque aunque no haya gananciales, está obligado à restituirsela de los suyos propios, (1) regularmente hablando.

5 Procede lo expuesto en el numero inmediato en caso de que el marido no haya debuelto en vida à su muger la dote: pues no está prohibido pagar en vida la deuda al que tiene obligacion de satisfacerla de sus bienes despues de muerto, y mientras vive puede prevenir, y hacer voluntariamente lo que en su muerte debe practicar.

(1) Ley Unica, Cod. de Rei uxoriæ action. §. 1. y §. Exactio, ley Dotis, Cod. de Jur. dotium, ley In ambiguis, ff. de Regul. juris, y ley 33. tit. 13. Partid. 5.

car. (1) Sin que por efectuarle su entrega se deba decir que son defraudados sus hijos en los frutos dotales que habria su padre, à no haber hecho la restitucion, pues éste carece tambien de ellos, y ningun derecho le precisa à conservarla en su poder, ni à adquirir frutos por custodiarla si le incomoda su conservacion, y custodia, ni tampoco à recibirla sino quiere. Pero no obstante esto, vease à *Barbosa* en la ley unica, Cod. *Si dos constante matrimonio soluta fuerit*, que explica en qué casos será, ò no válida la restitucion de la dote, y quedará, ò no libre el marido: pues por no ser preciso para las particiones omito tratar de ello.

6 En quanto à la restitucion por muerte, es de advertir, que asi como la muger puede llevar en dote diferentes clases, ò especies de bienes, asi tambien su marido estará, ò no obligado à restituirselos, y se deducirán, ò su importe del cuerpo del caudal inventariado, ò de los suyos propios, habiendo, ò no gananciales. Y para la perfecta instruccion del Contador, procediendo con la debida distincion, digo, que si la muger llevó al matrimonio dinero, ò bienes muebles, v. g. ropas, menage de casa, alhajas de plata, oro, diamantes; ò semovientes, v. g. ganados, ya sean, ò no productivos; ò consistentes en numero, peso, ò medida, v. g. trigo, vino, aceyte, &c. y al tiempo de casarse se valuaron con estimacion cierta, que causó venta, de suerte, que fue lo mismo que si se hubieran entregado al marido como vendidos por el precio en que se tasaron, y se obligó à la debolucion del precio, disuelto el matrimonio: en este caso, como que se le

(1) Ley Post mortem, & ibi. glos. & DD. Cod. de Fideicommis. ley Patrem, ff. Quæ in fraudem creditor. ley Sub conditione, ff. de Solutionib. y ley Sed addes, §. Si quis cum in annum, ff. Locati.

le transfirió irrevocablemente su dominio, y como dueño, pudo disponer de ellos à su arbitrio, porque causó venta su estimacion, es de su cuenta (segun derecho) el incremento, pérdida, ò menoscabo, que despues de celebrado el matrimonio, y no antes padezcan, aunque no haya tenido culpa; por cuya razon, y porque es deudor de la cantidad à que asciendan por haberse obligado asi; y no de los mismos bienes, no obstante que perezcan por incendio, ù otro caso fortuito, ò no estén deteriorados, (pues es visto habersele entregado el precio consignado en ellos) debe restituir de su propio capital, sino hay gananciales, el mismo precio à su muger, la qual no puede ser compelida à recibir los bienes, ni otros por ellos, (1) sino quiere, y hay dinero.

7 Lo qual se entiende, excepto que en la escritura dotal se pacte otra cosa: y asi se debe mirar su contexto, y arreglarse à la obligacion en ella constituida, pues segun se obligue el marido, queda obligado; (2) como mas difusamente expuse en el cap. 2. de mi primera parte num. 35. por lo que aunque los bienes fuesen estimados, si se estipuló que disuelto el matrimonio habia de bolverlos segun estuviesen, ò su estimacion à su eleccion, y eligiese bolverlos, será de cuenta de la muger su deterioro, no probando que su marido tuvo la culpa de él, ò no habiendo recibido éste en sí todo el daño que en ellos acaeciese. (3)

Pe-

(1) Leyes 18. 19. y 20. tit. 11. Partid. 4. leyes Æstimatæ res, y Si æstimantis, ff. Solut. matrim. ley Mortis causa, §. Res in dotem, ff. de Donation. inter vir. & uxor. y ley Quoties, Cod. de Jure dot. Sr. Covar. Pract. cap. 28.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(3) Ley Plerumque, §. fin. ff. de Jure dot. ley Quod si fundus, ff de Fundo dotali, y ley 18. al fin tit. 11. Partid. 4. verb. E si quando.

8 Pero si el marido no dexó dinero, no están obligados sus herederos à pagar en él la dote, ni en otros bienes que en los de la herencia: y asi deberá su viuda recibir en éstos su importe à justa tasacion, (1) ni consistiendo la dote en muebles, se les puede compeler à malvenderlos, por darla dinero que no llevó al matrimonio, porque ningun perjuicio se la irroga, ni se pone de peor condicion que quando se casó; pues si aun el mismo deudor no puede ser compelido, antes bien cumple con dar otros equivalentes à arbitrio del Juez, como lo dice la ley 3. tit. 14. Partid. 5. ibi: *Pero si acaesciese que el debdor no pudiese pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras à bien vista del juzgador.* Con superior razon sus herederos, que aunque le suceden en todas las acciones, y obligaciones, no contraxeron la de restituir en dinero la dote: y asi quedará à arbitrio del Juez prudente, como lo advierte el *Sr. Greg. Lop.* en la glos. 2. de la ley inserta, porque nunca dan, ni con mucho por los bienes muebles el precio de su tasa, y el marido sale perjudicado siempre en ella por esta razon.

9 En qualquiera cantidad que se verifique haber habido lesion, y engaño en la valuacion de los bienes dotales, puede pedir el agraviado que se deshaga, aunque no exceda, ni llegue à la mitad del justo precio, como es necesario en las ventas, y otros contratos: y asi probandolo, se deberá deshacer, como lo dicen la ley 16. tit. 11. Partid. 4. ibi: *E si la dote fuere apreciada segun que es sobredicho, è la apreciasen por mas, ò por menos de lo que valiese: si se sentiera por engaño alguno de ellos, puede demandar-*

(1) Authentic. Hoc nisi debitor, & ibi. DD. Cod. de Solutionib. ley 3. & ibi. glos. 2. tit. 14. Partid. 5. Roland. de Inventar. part. 4. quæst. 24.

mandar que sea desfecho el engaño tambien el que dá la dote como el que la recibe. E esto se entiende que debe ser guardado en la dote tan solamente. Cá en quanto quier que sea fecho el engaño en mas, ò en menos de lo que vale la cosa, siempre debe ser desfecho, mostrando el engaño segun que es dicho, aquel que se tiene por engañado, mas esto non es en los otros pleytos: Cá non es tenudo de desfacer el engaño el que lo ficiese, fuerasende, si montase mas, ò menos de otro tanto del precio derecho que valia la cosa, y otros textos. (1) Cuyo privilegio es especial por favor de la dote, à la qual está concedido solamente, como lo expresa la misma ley; y para usar de él no prefine temino, por lo que parece que en qualquier tiempo que se advierta el engaño, se deberá deshacer, y podrá pedir, acreditandose, y existiendo las cosas dotales.

10 Si aunque fuesen estimados, no causó venta su aprecio, por constar haberse hecho solamente para saber su valor, por si al tiempo de la disolucion del matrimonio se habian muerto, consumido, ò deteriorado por culpa del marido, se ha de distinguir: si los bienes consisten en numero, peso, ò medida, debe restituir otros tantos de la misma calidad, especie, bondad, peso, medida, y numero, ò el valor que tengan otros iguales al tiempo que el matrimonio se disuelva, porque se le transfirió su dominio, no obstante la qualidad del aprecio. (2) De los casos en que causa, ò no venta su estimacion, trata el Señor *Covarrubias Practicar. cap. 28. per tot.*

11 Pero siendo de otras especies, ò ganados, pertene-

(1) Leyes Jure succursum 6. §. 1. y Si res æstimata 18. §. 1 ff. de jure dotium, y ley Si circumscripta 6. Cod. Solut. matrimon.

(2) Arg. leg. Res in dotem datæ, ff. de Jure dot. y ley 21. tit. 11. Partid. 4.

nece à la muger el incremento, ò decremento que experimenten, porque no se transfirió al marido su dominio; y asi no habiendo gananciales, no debe responder de ellos, con tal que pruebe no haber tenido culpa en que pereciesen, ò se deteriorasen: pues no probandolo, está obligado à satisfacer su pérdida, menoscabo, y deterioro con otros bienes equivalentes: y la razon es, porque no solo se le contempla custodia, y procurador de su muger, sino administrador de sus bienes dotales, y por su administracion están obligados tacitamente los suyos propios; (1) bien que si hay gananciales, se deducirán de ellos, no como dote, sino como fondo entrado en la sociedad, que debe separarse antes que se dividan las utilidades: lo qual como justo, y racional se practíca por costumbre en estos Reynos de Castilla, (2) asi en este caso como en los precedentes.

12 Habiendose entregado sin aprecio al marido bienes consistentes en numero, peso, ò medida, que reciben la funcion en su genero, y con el uso se consumen, le pertenece tambien su incremento, y decremento, porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir à su eleccion otros tantos en numero, especie, medida, peso, y calidad, ò el precio que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio, y no el que tenian al de su recepcion, y contrato matrimonial, ya valiesen entonces mas baratos, ò

(1) Arg. leg. Si quis domum, §. Imperator, ff. Locati, ley Si quis ex argentariis, §. Prohibet, ff. de Edicto, ley fin. §. ult. ff. de Custodia reor. y ley fin. Cod. de Pact. convent. Señor Greg. Lop. en la 17. tit. 11. Partid. 4. glos. 2. Gom. en la 50. de Tor. n. 43.

(2) Palac. Rub. in Repet. rubr. fol. 347. Montalv. en la ley 1. tit. de las ganancias lib. 3. del Fuero Real. Sr. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Partid. 4. glos. 3. al fin.

ò mas caros: (1) y asi no habiendo gananciales, lo pagará de sus propios bienes.

13 Lo qual se entiende quando se obligó en estos terminos, pues si su obligacion se circunscribió solamente à bolver otros tantos numero identicos de la misma especie, y bondad, deberá cumplirla, ya valgan mas varatos, ò mas caros, porque la obligacion de bolver el genero nunca perece, y quien está al provecho debe estar al daño; y aunque se le transfirió su dominio para usarlos, y disponer de ellos à su eleccion, fue con el gravamen de restituir otros de igual especie, calidad, y bondad, mas no la especie, ò su importe, segun le acomodase, porque la qualidad de su obligacion le priva de este arbitrio: à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado; y los pactos nupciales se deben observar, no siendo opuestos à derecho, y buenas costumbres. (2)

14 No consistiendo en numero, peso, ni medida los bienes dotales entregados sin aprecio, sino en otras clases, ò en ganados no productivos, v. g. bueyes, carneros, &c. toca à la muger su incremento, pérdida, y deterioro: y asi no habiendo gananciales, cumple su marido con entregar los existentes segun se hallen; y de los perdidos, consumidos, ò menoscabados sin su culpa no debe responder con su capital. (3) Pero habiendo gananciales, se deducirá de éstos lo que valian, no como dote, sino como fondo puesto por la muger en la sociedad, (4) re-

gu-

(1) Ley Res in dotem datæ, ff. de Jure dot. ley 21. tit. 11. Partid. 4. Gom. ibi. n. cit. vers. Limita tamen. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 7. n. 9. y 10.

(2) Leyes 10. 11. 13. y 30. al fin. tit 11. Partid. 4.

(3) Ley Plerumque, ff. de Jure dotium, y leyes 18. y 21. tit. 11. Partid. dicha.

(4) Ley Si merces, §. Vis major, ff. Locati, ley Cum duobus, §. Quidam sagariam, ff. Pro socio, y ley penult. tit. 10. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en la 18. tit. 11. Partid. 4 glos. 3. 4 y 8. Gom. en la 50. de Toro n. 69. Gutier. lib. 2. Practicar. quæst. 95. n. 16.

gulandose prudentemente segun costumbre de estos Reynos de Castilla.

15 Y si los ganados son productivos, v. g. cabras, ovejas, bacas, yeguas, &c. ha de reemplazar de los hijos, ò crias que procreen, otras tantas cabezas, como de su madres perecieron. (1) Lo qual se entiende, ya haya llevado pocos, ò muchos: pues aunque por derecho comun está dispuesto, que llevando la muger manada de ellos, v. g. un rebaño, debe su marido hacer el reintegro de los muertos con otros tantos hijos, y sino fue manada, sino v. g. tres, quatro, ò mas, de modo que no llegan à diez, los perderá la muger, y su marido no estará obligado à reemplazarselos; (2) pero como la ley 21. tit. 11. Partid. 4, à quien debemos seguir, no distingue, no debemos distinguir tampoco; por lo que ya lleve, ò no manada, ò rebaño, ha de hacer la restitucion, y reemplazo con los hijos, segun queda expuesto. Y sino hubiere hijos, ni gananciales, será de cuenta de la muger su pérdida, y no los pagará el marido de su capital; lo que al contrario, habiendo gananciales, pues aunque no haya crias, sacará de ellos su valor como fondo de la sociedad, y no como dote, (3) y es lo que se practica.

16 De estos ganados no apreciados que la muger llevó en dote, ò heredó, sino hay crias, pero si otros gananciales, sacará el valor que tenian quando se murieron, y no otras tantas cabezas, porque en las obligaciones de restituir la cosa, si perece, succede en su lugar la de restitu-

(1) Dicha ley Plerumque, leyes Cum dotem, y Quotiens, Cod. de Jure dot. y ley 21. cit. verb. Pero si acaesciese. Ayor. dicho cap. 7. n. 10.

(2) Ley Grege legato, ff. de Legat. 1. §. Si grex, Institut. cod. tit. ley Fructus, ff. Solut. matrim. y ley Quid ergo, ff. de Usufruct.

(3) Ayor. part. 3. quæst. 30. n. 104. cerca del fin.

tucion del interés, ò su estimacion ; (1) y asi no tendrá derecho à pedir lo que valdrian al tiempo de la particion si vivieran, porque despues de muerta la cosa no puede tener incremento, ni decremento, ni tampoco el valor que tenian quando los traxo, porque hasta que murieron estaban por suyos, por no haberse transferido al marido su dominio irrevocable. (2)

17 Habiendo vendido el marido los bienes dotales no estimados, para pagar el debito contraido constante matrimonio, ò el suyo privativo que tenia antes de casarse, parece que su muger podrá elegir, pretendiendo otros tantos, ò su estimacion, especialmente si contra la voluntad de ella hizo la venta, porque contra el poseedor de mala fé, que vende lo ageno, se dá esta eleccion al dueño. (3)

18 Pero lo contrario es lo cierto: y asi no podrá elegir la muger, ni su marido estará obligado à satisfacer mas que el precio que por ellos recibió, porque no es poseedor de mala fé por tener en ellos, y en la demás dote inestimada dominio revocable. (4) Y aun quando no los hubiese llevado en dote, sino que fuesen parafernales, ò los hubiese heredado, como es su legitimo administrador, (5) no se le puede arguir de poseedor de mala fé: por lo que

(1) Ley Qui restituere, ff. de Reivindication. ley In re furtiva, y ley Si servum, §. Bobe, ff. de Condition. furtiv. Bart. y otros en la ley Stipulationes non dividuntur, ff de Verbor. obligation.

(2) Ley Divortio, §. Ob donationes, ff. Solut. matrim.

(3) Ley Item veniunt 20. §. Hæc autem versus, ley Si à domino 36. §. Si prædio, y ley Si possessor 52. ff. de Petition. hæreditat. Ayor. part. 3. quæst. 30. dicha n. 106. al principio, y 107. vers. Pero si el ganado.

(4) Ley Doce ancillam, Cod. de Reivindication.

(5) Ley final, Cod. de Pact. convent.

que deberá restituir su precio, y no los ganados, ò cosas inestimadas. (1)

19 Y para que el Contador no dude quando toca al marido el deterioro, ò pérdida de los bienes dotales no estimados, digo, que es de su cuenta, y debe pagarlo en los siguientes casos: El primero, quando se prueba que perecieron, ò se deterioraron por su culpa. (2) El segundo, quando se obligó à satisfacerlo. (3) El tercero, quando fueron muebles que se vendieron, y consumieron durante el matrimonio, ò se gastaron en servicio de su casa, escusando con ellos comprar otros precisos para ella. (4) Y el quarto, quando hay gananciales en el matrimonio, como queda expuesto; pues al modo que si se aumenta su valor, se dividirá como ganancial el aumento entre ambos conyuges, del mismo modo si hay pérdida se ha de deducir de ellos. Previniendo, que la estimacion se ha de hacer segun lo que justamente valian al tiempo que la muger los llevó, y no al de su restitucion. (5)

20 Queda sentado que lo primero que se debe baxar del caudal inventariado, es la dote. Pero *Ayora part. 1. cap. 7. n. 13. vers. Item se ha de entender*:: dice, que esto se entiende, quando el marido la convirtió como debió, en el fin para que se le dió, que fue el de superar las cargas matrimoniales, y aumentar con ella el caudal de la

(1) Dicha ley Divortio, y §. Ob donationes, & ibi. Bart. y Paul. ley Item veniunt, §. Simili modo, ff. de Petition. hæreditat. y ley Item si verberatum, §. Si quis, ff. de Reivindication. Ayor. dicho n. 107. vers. Sed in casu præmisso.

(2) Ley In his rebus, ff. Solut. matrimon. dicha ley Cum duobus, y §. Damna, ff. Pro socio, y ley 18. al fin tit. 11. Partid. 4.

(3) Ley Pomponius, ff. de Pact. dotalib. y ley 18. cit. verb. O si por aventura.

(4) Gom. en la ley 50. de Toro n. 43. y 44. al fin. Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. ult. n. 11. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 6. Bayo Prax. Eccles. lib. 2. part. 3. quæst. 18.

(5) Gom. ibi. Ayor. dicho n. 107. Escobar de Ratiocin. cap. 17. quæst. 24. Bayo ibi. quæst. 19.

la sociedad: pero si se prueba que no la convirtió en él, sino en otros diversos, v. g. en pagar sus deudas, casar, ò acomodar algun hermano, ò hermana, &c. no se debe deducir del cuerpo de caudal habiendo gananciales, porque sería perjudicada su muger en la mitad de éstos, con los quales se la pagaba; y que asi lo que habiendolos se debe practicar, es, baxar las deudas contraidas constante matrimonio, y luego partir los gananciales, y del total que toque à su marido satisfacerla su dote, pues si la hubiera empleado como debia en la sociedad, hubiera adquirido mas utilidades: y respecto haber privado à su muger de éstas, è invertídola en usos agenos de la sociedad conyugal, no es justo que por esta causa sea defraudada en lo que la debe corresponder. Yo dudo de la verdad de esta opinion: Lo primero, porque ninguna ley lo ordena. Lo segundo, porque el marido no está precisamente obligado à adquirir gananciales: y sí solo à que si los adquiere, no cometa dolo por defraudar en su parte à su muger. Lo tercero, porque la dote no se entrega al marido con el fin de que con ella adquiera utilidades, sino con el de que le ayuden sus frutos à superar las cargas matrimoniales; lo que al contrario en la sociedad convencional, pues su fondo es para adquirirlas con él. Lo quarto, porque en la sociedad conyugal se constituye el marido dueño del fondo, que la muger entra en ella, y cumple con bolver su importe: lo qual no sucede en la convencional, pues à ningun socio se transfiere el dominio del capital del otro en iguales terminos. Y lo quinto, porque estas dos sociedades se diferencian en muchas cosas, como diré en el §. 4. del capitulo siguiente: Por lo que no deben gobernarse en el todo por unas mismas reglas, y asi no se debe seguir, ni sigue la opinion de Ayora, antes bien baxarse la dote, y capital con las deudas ma-

matrimoniales en su respectivo lugar, y dividir luego el residuo como superlucrado, pues de seguirse, se defraudaba al marido, se constituía su muger de mejor condicion que él, y se enriquecia en su detrimento.

21 Consistiendo el todo, ò parte de la dote en creditos à favor de la muger, si su padre, ù otro ascendiente es el deudor, aunque el marido no los cobre, no está obligado à responderla de su importe, antes bien la toca el riesgo, ò pérdida que haya en su cobranza, porque los yernos, è hijos no deben estrechar judicialmente à sus padres, y suegros, como à los que no lo son; por cuya razon no debe ser oida, ni sus herederos sobre su exaccion en caso que demanden al marido, atribuyendole à culpa, ò negligencia el no haberlas cobrado. (1) Lo mismo procede por la propia razon, quando el padre ofreció dote à su hija, y el marido no le apremió à que se la entregase: en cuyos casos, aunque haya gananciales, no se ha de deducir lo no cobrado de los bienes privativos del marido, ni tampoco del cuerpo del caudal inventariado, y sí unicamente de éste lo percibido, por ser lo mismo que sino lo hubiera llevado, ò no se lo hubiera ofrecido; por lo que, ò no se ha de hacer merito de ello, ò si se hace, y pone por caudal, se ha de aplicar en vacío, ò entrada por salida à la muger.

22 Pero no siendo ascendiente el deudor, ò promitente, se ha de distinguir: ò la deuda es *necesaria*, ò *voluntaria*: si es necesaria por proceder de venta, ò emprestito de alguna finca, ò alhaja de la muger, ò de contrato oneroso celebrado à su favor: ò porque su hermano estaba obligado, y condenado à dotarla, (pues para el caso todos, excepto los legitimos ascendientes, se gradúan

(1) Ley 15. tit. 11. Partid. 4.

dúan por extraños) debe el marido satisfacersela integramente, si por su culpa, ò negligencia no la exigió de él: (1) por lo que no se ha de deducir del cuerpo del caudal lo que no cobró, sino de los bienes privativos que le toquen, pues de deducirse de aquel, se la pagaba la mitad de lo no cobrado de su parte de gananciales, en lo que se la perjudicaba; y asi quedará al marido la repeticion contra el promitente.

23 Y si la deuda es voluntaria, se subdistingue: ò es cierta, y determinada, v. g. ofrece uno cierta alhaja mueble, ò raiz, ò cantidad à la muger, ésta la incluye en su dote, y el promitente ratifica al marido la oferta. O es de cosa indeterminada, v. g. ofrece dar à la muger alguna cosa, ò cantidad, y dice al marido que le entregará lo que ofreció à su muger, sin señalarlo. De cuyos casos en el primero si el marido fuere negligente en cobrar la deuda, y por esta omision diere lugar à que el promitente se imposibilite de pagarla, debe satisfacerla de sus propios bienes à su muger, y es de su cuenta, y riesgo, y no del de esta su pérdida: por lo que de ellos, y no del cuerpo de caudal se deducirá por la razon expuesta. Y en el segundo es de la muger, y no de él, y asi à nada está obligado; (2) ni aun quando haya gananciales se debe deducir del cuerpo de caudal, ni del suyo privativo, antes bien se conceptuará la tal deuda como sino la hubiera.

24 Ocasionandose gastos al marido en cobrar la dote consistente toda, ò parte en deudas, ¿se duda si estos gastos la disminuirán, ò serán de cuenta del marido? Sobre

(1) Dicha ley 15. y ley Si extraneus 33. ff. de Jure dotium.

(2) Dichas leyes 15. y Si extraneus, & ibi, glos. verb. Non convenerit. DD. in leg. Mœvia, ff. Solut. matrimon. & in leg. Ob res, §. fin. ff. de Pact. dotalib.

bre lo qual discordan los Autores: unos afirman, que el marido debe sufrirlos, y compensarlos con los frutos dotales. Otros, que deben ser del cargo de la muger. Y otros, conciliando las dos opiniones, resuelven, que los grandes se deben imputar à ésta, y los pequeños, ò módicos al marido. (1)

25 Yo, venerando el dictamen de todos, digo, que me conformo con el segundo como justo, y arreglado, y que por consiguiente deben pertenecer indistintamente à la muger, y disminuir su dote, y de ningun modo compensarse con los frutos dotales. Lo primero, porque estos se conceden al marido para superar las cargas matrimoniales, y asi los hace suyos *pleno jure*, concurriendo las tres circunstancias que la ley (2) prefine, y en el num. 55. explicaré. Lo segundo, porque la dote debe ser efectiva: por lo que habiendo lesion en su tasacion, se debe deshacer en qualquier cantidad que sea, como dexo sentado en el num. 9. es asi que haciendose gastos para que lo sean las deudas, se desfalca: luego debe disminuirse, y reducirse à lo justo, è intrinseco que el marido percibió, por ser inicuo que restituya lo que sin culpa suya no entró en su poder. Lo tercero, porque si el marido hace expensas necesarias en la finca dotal, son de cuenta de la muger, y puede repetirlas, por corresponderle además los frutos que produxo: (3) es asi que estas son necesarias, y que por ellas se mejora la dote, pues se hace exequible, y efectivo para la muger lo que no lo estaba: luego por la misma razon deben imputarsela. Lo quarto, por-

(1) Bart. in leg. 1. Cod. de Bonis matern. Sr. Greg. Lop. en la 15. tit. 11. Partid. 4. glos. 2. y otros que cita. Garcia de Expens. cap. 13. n. 37. y sig.

(2) Ley 25. tit. 11. Partid. 4.

(3) Ley fin. tit. 11. Partid. 4. y ley 3. ff. de Impensis in rebus dotalib. factis.

porque si perdiendose la deuda por no cobrarla el marido, se le carga, è imputa à culpa, ò negligencia, y debe responder de su importe, como queda expuesto en el num. 22. ¿Por qué razon, haciendo gastos en su cobranza, v. g. en pleytos, (como regularmente acontece) han de ser de su cuenta, y no disminuir la dote? ¿Y qué culpa, ò negligencia hay de su parte? No la alcanzo. Y lo quinto, porque si marido, y muger teniendo deudas contra sí quando se casan, deben pagarlas de su privativo caudal, pues esto menos llevan al matrimonio, como diré en el §. 3. n. 68. de este capitulo: ¿qué razon de diferencia hay para que la muger no pague los gastos que en su utilidad hace el marido; y mas quando si ella los hubiera hecho antes de casarse, disminuirian su patrimonio, como que habian salido de él, y esto menos llevaria en dote? ¿O qué ley manda lo contrario, ò que los compense con los frutos? A la verdad, me causa admiracion el modo de opinar de los Maestros de la Jurisprudencia que lo contrario defienden. Por lo que no me adhiero à su dictamen, y mayormente si la dote consiste en muebles, y creditos, de los que ningunos frutos percibe el marido, pues mas suelen servirle de carga, que de alivio en quanto tiene que responder de su valor, si fueron estimados, porque en venta nunca dán por ellos, ni con mucho, el importe de su tasa, ni perecen para la muger, teniendo el marido con que reintegrarlos.

26 Llevan muchas veces las mugeres dinero en dote, el que emplean sus maridos en alguna finca, ò heredamiento, y se duda ¿si mediante haberse transferido à estos el dominio del dinero, se les transferirá tambien el de la alhaja en que lo invirtieron? A que respondo, que si consta haberla comprado con voluntad, y consentimiento de ellas, se las transfiere su dominio, y no à sus ma-

maridos: y asi se estimará por dotal, no obstante que estos la hayan comprado en su propio nombre, como lo dice la ley 49. tit. 5. Partid. 5. ibi: *De dineros agenos que tienen los omes à las vegadas, compran para sí heredamientos, ò otras cosas que han menester: E porque dubdarán algunos, si aquella cosa que es asi comprada, es de aquel que la compró, ò del otro, cuyos eran los dineros, queremoslo aqui decir, è departir. E decimos, que debe ser de aquel que fijó la compra en su nome. Fueras ende si tales dineros fuesen de cavallero, que estuviese en la Corte del Rey, ò en otro lugar en su servicio: ò si fuesen de menor de veinte è cinco años, è el que ficiese la compra, le tubiese en guarda: ò si fuesen los dineros de alguna Eglesia, è el Perlado, è el que fuese guardador à la sazon, ficiesen la compra: ò si fuesen los dineros de la dote de alguna muger, è su marido con voluntad della ficiese la compra. Cá en tales casos maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el Señorío della aquel cuyos eran los dineros, que fueron pagados por el precio della. Pero en su escogencia es de cada uno dellos de tomar la cosa comprada, ò los dineros, qual mas quisiere.* Y lo mismo procede si una cosa dotal se trocare por otra, pues esta se subrroga en lugar de aquella, y se hace dotal: (1) por lo que el Contador debe aplicarla à la muger, ò à sus herederos, y no otra por ella, en caso de que no quiera dinero, ò no lo haya.

27 Y si el marido la compró sin consentimiento de su muger, se constituirá dotal en subsidio, que es en el solo caso de que el marido esté insolvente. Y lo propio milita comprandola de dinero no dotal que la muger le haya

(1) Ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

ya entregado. (1) Pero no siendo tal el dinero, no se constituirá dotal la finca, aunque la compre con consentimiento de su muger: (2) lo que tendrá presente el Contador para proceder en las adjudicaciones arregiado à lo que le advertí en el capit. 2. de este tratado, num. 49. al fin.

28 Pero porque dificultará en qué precio ha de aplicar à la muger estas fincas estimadas como dotales por la subrrogacion, si por el que costaron, ò por el mayor, ò menor que tengan al tiempo de la disolucion del matrimonio en el caso de que no se hayan hecho mejoras en ellas: satisfaciendo à esta duda, le digo, que si al tiempo de la compra pactaron marido, y muger que habian de ser para ella, y ninguna utilidad, ni pérdida habia de tener su marido aun quando en ellas la hubiese, (pues pueden hacer este pacto, (3) y valdrá) se la deben adjudicar por el de su compra, ya valgan mas, ò menos, por ser suyas, y seguir à su dueño el aumento, y diminucion de la cosa. (4) Y si nada pactaron quando se compraron, se han de adjudicar por el que tengan: de suerte, que si es mayor su valor, cederá el exceso à favor de la sociedad; y si es menor, se la completará el importe del dinero en esta especie, si lo hay, y sino en otra cosa.

29 Si la muger lleva en dote legado annuo, pension, usu-

(1) Ley Uxor marito, ff. de Donation. inter vir. & uxor. Bald. in leg. Ex pecunia, & in leg. In rebus col. fin. Cod. de Jure dotium. Sr. Greg. Lop. en la 49. tit. 5. Partid. 5. glos. 8

(2) Ley Profecticia 5. ff. de Jure dotium. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 49. glos. 7. y 8. Bald. in leg. Si ut proponis 8. Cod. de Rei vindication.

(3) Bart. Din. Raphael. Angel. Immol. Alex. y Paul. de Castr. in leg. Quia poterat, ff. ad Trebellian. Palac. Rub. in Rubr. §. 63. vers. Limitabis ista primo.

(4) Ley Pignus, y ley Quæ fortuitis, Cod. de Pignorat. action.

usufructo de finca raiz, renta vitalicia, ò empleo que el marido ha de servir, (prescindiendo de la justicia, ò injusticia de la constitucion de los frutos decenarios por dote, pues no la gradúo de justa, ni me conformo en que se haga, excepto en el caso que explicaré en el capitulo siguiente num. 26. al 28.) arreglese el Contador à lo que expliqué en el cap. 2. de mi primera parte num. 18. à donde le remito: pues no obstante la obligacion que el marido constituía, no deberá tener efecto como iniqua, siendo constituida en otros terminos, porque en la dote no permite la ley lesion alguna, como dexo expuesto en el num. 9. y no es justo que quedando ileso, y vivo à la muger el derecho de percibir integra la renta annua, se prive à su marido de tomar sin responsabilidad los frutos de este derecho, que es dote, y se le conceden para superar las cargas matrimoniales; por lo que aunque viva mas de los diez años, y se constituya la dote en los terminos prevenidos en dicho cap. 2. no tendré por justa su constitucion, porque de ella resulta visible perjuicio al marido, y que la muger se lucra en detrimento suyo, lo qual está reprobado, y à lo mas valdrá como donacion en lo que las leyes permiten, habiendo, ò no herederos legitimos; pero esto toca à los letrados, y no al Contador, à quien prevengo, que si antes de efectuarse la boda no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales los referidos frutos decenarios, como expuse en el citado cap. 2. ni como capital puesto en la sociedad, porque no es visto haber querido la muger que se tuviesen por dote, sino por frutos, como realmente lo son, ni el marido privarse de ellos, y renunciarlos à su favor; ni por consiguiente se baxarán del caudal comun, aunque ella lo pretenda; y la razon es, porque el derecho que la muger tiene à percibirlos, es el capital que entra en el matrimonio, el qual

la queda del mismo modo que lo tenia antes de casarse, sin la mas leve diminucion, y es diverso de los frutos, reditos, ò renta, y asi no hay que deducirlo, ni que abonarla, al modo que si llevara un mayorazgo; por lo que solo en el caso de obligarse el marido en terminos justos à su entrega en los contratos nupciales, y en el que explicaré en el capitulo siguiente num. 26. dicho, se la deberán abonar, y no de otra suerte: *Quidquid alii dicant.*

30 En concurrencia de dos dotes legitimas parece que se deberá deducir la primera antes que la segunda, porque son creditos de igual naturaleza, y privilegio, y el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho: à excepcion de los bienes dotales conocidos de la segunda que existan, en los quales como conserva su dominio, y aunque se hayan dado estimados al marido, no perdieron por la valuacion la naturaleza, y privilegio de dotales, se la aplicarán como suyos, y nada de ellos llevará la muger primera. (1) Lo qual es incontrovertible quando el marido no dexó bienes suficientes à completar ambas dotes, y los interesados en ellas tratan sobre prelacion: pues aunque haya gananciales conocidos adquiridos en el segundo matrimonio, como todos se contemplan del marido, y hasta que fallece no adquiere su muger dominio irrevocable en ellos, y quando va à adquirirlo, los halla sujetos à la responsabilidad de la dote primera, no se verifica su adquisicion, y por eso debe ser preferida à la segunda en bienes no conocidos de ésta.

31 Pero tratando de division por muerte del marido, si éste dexó bienes con que reintegrar à sus mugeres de su respectivo haber, y tambien gananciales adquiridos en el

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dotium, ley Uxor marito 55. ff. de Donation inter vir. & uxor. y ley 33. tit. 13. Partid. 5.

el segundo matrimonio, se debe distinguir ; ò la muger segunda renuncia, ò no los gananciales, y el marido llevó, ò no quando se casó con ella, bienes equivalentes à la dote primera, ò ningunos. Si los renuncia, y se contenta con su dote, y arras en caso de habersele prometido, lo mismo es deducirla antes que la de la primera, que despues de ésta, ya el marido haya llevado, ò no bienes à su poder, porque como los hay superabundantes para ambas, à ninguna se agravia.

32 Mas si quiere la parte que en los gananciales la corresponde, para instruir perfectamente al Contador principiante, evitar que incida en errores perjudiciales, extirpar la confusion con que se produxeron los particionistas, y explicar lo que omitieron, se han de distinguir quatro casos: El primero, quando el marido llevó algunos bienes al matrimonio segundo, pero no los suficientes à cubrir la dote, y demás haber de la muger primera, ya haya habido, ò no gananciales con ésta. En cuyo caso se debe baxar del cuerpo del caudal inventariado ante todas cosas la dote segunda : despues las deudas contrahidas durante el segundo matrimonio, y no otras anteriores : y deducidas estas partidas, y tambien lo que el marido entró en él, se verá qué gananciales quedan : y la mitad de los que resulten se aplicará à la muger segunda con su dote, y demás haber llevado à poder de su marido. Hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal que éste entró en la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su muger primera, las deudas privativas que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas, si las hubo (en quanto no excedan de lo permitido por la ley, de que trataré latamente en el cap. 6. de este libro §. 1.) las quales se aplicarán respectivamente à cada una : y el residuo será cau-

dal paterno partible entre los hijos del marido procreados en ambos matrimonios, segun su arreglada voluntad, como herencia paterna. (1) Por exemplo, todo el caudal que dexó el marido asciende à 400ℓ. reales: el que llevó al matrimonio segundo fueron solamente 30ℓ. no obstante importar 100ℓ. la dote de la muger primera, que no estaba pagada. La de la segunda importa 50ℓ. y las deudas contraidas en la sociedad con ésta 20ℓ. Se forma la cuenta de esta suerte: 50ℓ. de la dote segunda, 20ℓ. de las deudas de este matrimonio, y 30ℓ. que llevó el marido, componen 100ℓ. que restados de los 400ℓ. resultan de utilidad 300ℓ. cuya mitad son 150ℓ. que agregados à los 50ℓ. de la dote segunda, suma el haber de la segunda muger por dote, y gananciales 200ℓ. reales, y quedan otros 200ℓ. para satisfacer lo que el marido entró al segundo matrimonio, (que era parte de la dote primera) las deudas que tuviese antes de casarse segunda vez, y las contraidas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote, y algunos gananciales: por lo que despues de satisfechos los 20ℓ. de las deudas del matrimonio segundo, y los 100ℓ. de la primera dote, hay de caudal paterno 80ℓ. reales: de los quales se sacarán las arras de ambas mugeres, si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuviese quando se bolvió à casar: y el remanente será legitima de los hijos de ambos matrimonios, pues de deducirse integros los 100ℓ. de la dote primera en lugar de los 30ℓ. que el marido entró en el segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la muger segunda en 35ℓ. mitad de los 70ℓ. que desde los 30ℓ. hasta los 100ℓ. hay de diferencia: y de baxarse los 30ℓ.

(1) Escobar de Ratio. in. computat. 8. per tot. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 2. Garcia de Expens. cap. 13. n. 13.

30ų. y tambien los 100ų. se la irrogaria mayor agravio, que sería el de 50ų. reales menos de gananciales.

33 El segundo caso es, quando el marido ningunos bienes llevó al matrimonio segundo: consta el haber de la muger primera, y lo que se lucró durante el suyo: y despues de cubiertas ambas dotes, y el demás haber de la primera por todos sus derechos, resultan gananciales adquiridos en el segundo. En cuyo caso se han de deducir unicamente del cuerpo de caudal la dote de la muger segunda, y las deudas contraidas en este matrimonio, si las hubiese: y el resto del caudal inventariado será partible por mitad, como superlucrado, entre la viuda, è hijos del matrimonio primero, los quales tomarán parte por via de la dote, y demás haber de su madre, como deuda contra su padre, à que era responsable; y parte por herencia paterna, si deducida la dote, y demás deudas privativas de su padre, y las arras de la segunda en caso de haberlas, sobrare algo; pues sería inicuo que habiendo ayudado à lucrar los gananciales, y no habidolos tal vez en el matrimonio primero, se la defraudasen por utilizar a los hijos de la muger anterior, respecto haber caudal para todo. (1)

34 El caso tercero es, quando el marido llevó al matrimonio segundo bienes equivalentes à cubrir el haber de los hijos de la muger primera existente en su poder, y algunos mas suyos propios. En cuyo caso se ha de deducir del cuerpo de caudal juntamente con la dote segunda todo lo que llevó, y no dismembró de él, para dar, ò pagar à algun hijo del primero su parte materna durante el segundo: no por razon, ò con titulo, y haber de la pri-

(1) Siguenz. de Clausul. lib. quæst. 13. n.42. y 43. 2. cap. 11. n. 145. Ayor. part. 3.

primera, sino como capital, ò fondo que realmente puso en la sociedad segunda, y coadyuvó à adquirir las utilidades, ò multiplicados, porque es lo mismo para el caso que si todo fuera suyo privativo, respecto existir en su poder quando fallece, sin decremento, ni desfalco.

35 Y el quarto caso es, quando el marido lleva al matrimonio segundo bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero que existe en su poder, y les corresponde asi por sus legitimas maternas, como por el derecho de reservacion, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les dá el todo, ò parte de lo que les toca por los expresados respectos, ò algo mas en cuenta de la paterna. En cuyo caso se ha de distinguir: si les dió solamente el todo, ò parte de lo materno, se puede girar la cuenta de dos modos: El primero, agregando numericamente al caudal inventariado lo entregado à los hijos; y hecho todo un cuerpo, como si todo se hubiera hallado en su poder, è inventariado, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital integro, segun lo llevó: y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones, será lucro, que se dividirá por mitad entre su viuda, y los hijos de ésta, y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse à lo inventariado lo donado à estos, y baxar enteramente su capital, como si nada se hubiera sacado de él, sería perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. Y el segundo modo es, no agregar lo entregado: considerar el capital como que está reducido à esto menos, ò que no lo llevó, y baxar solamente lo que hecha la tradicion quedó, (al modo que quando lleva deudas, y se pagan durante el matrimonio, como diré en el §.3. de este capitulo num.69.) y saldrá la misma cuenta,

ta, y porcion de gananciales. Y si les dió algo mas en cuenta de la legitima paterna, se puede hacer igualmente la cuenta de dos modos: El primero, agregando al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino lo que su padre les anticipó por su legitima paterna; y de lo que sume este total, deducir la dote segunda, las deudas del segundo matrimonio, y el capital integro que el padre puso en la sociedad: y el residuo, hechas estas baxas, será la utilidad, que se dividirá por mitad en la forma propuesta. Y el modo segundo es, unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó à sus hijos en cuenta de su haber paterno; y de lo que importen estas dos partidas deducir la dote segunda, las deudas citadas, y lo que entró como suyo propio sin responsabilidad en el segundo matrimonio, separando lo que comprehendia su capital, perteneciente à sus hijos por su madre, como entregado ya, ò como sino lo hubiera incluido en él; y lo que resulte hechos estos descuentos, será el mismo lucro que el de la cuenta girada del primer modo. Vease lo que diré en el cap. 4. §. 1. desde el num. 35. al 43. de este libro, y el exemplar segundo, y su nota segunda puestos en el ultimo capitulo del lib. 2. de este tratado, en la que formaré las cuentas de los quatro modos explicados, para que el Contador no se ofusque.

36 Queda explicado en qué lugar se debe baxar la dote legitima, y numerada: paso à tratar de la confesada, y digo, que no constando su recibo sino por mera confesion hecha por el marido en testamento, ò en otra ultima voluntad despues de contrahido el matrimonio, y de tener en su casa à su muger, no es, ni debe estimarse por dote, porque esta confesion, ya sea de cantidad cierta, ò de otros bienes, no prueba, antes bien se conceptúa he-

hecha con animo de donar à la muger su importe, y por consiguiente como legado, que solo con la muerte se confirma; (1) y asi, aunque sea jurada, no perjudica à los acreedores del confitente en sus respectivos creditos, ni tampoco à los herederos legitimos de éste en sus legitimas: (2) por lo que solo tendrá cabimiento en el quinto, siendo hijos, ù otros legitimos descendientes los herederos, y en el tercio siendo ascendientes, (que es de lo que en perjuicio de ellos se le permite disponer por las leyes 6. y 28. de Toro, como en el lib. 2. diré) y por consiguiente se deducirá respectivamente de estos en quanto alcancen, y no del acerbo del caudal inventariado. Pero siendo extraños los herederos, se baxará de éste, y no del quinto, ni tercio, à menos que el testador lo mande, porque à excepcion de los referidos, todos los demás se gradúan por extraños, aunque sean sus parientes, y no tienen derecho à sus bienes *ex testamento* contra su voluntad: y asi puede dexarles poco, ò nada, y deben contentarse con lo que les quede. Lo que tendrá presente el Contador, para proceder en su deduccion con arreglo à lo expuesto, segun sea el caso.

37 Si el marido hizo la confesion por contrato entre vivos constante matrimonio, no le perjudica aunque sea ju-

(1) Ley Qui testamentum, ff. de Probation. ley Cum quis decedens, §. Titia al fin. ff. de Legat. 3. y leyes penult. y fin. Cod. de Dote prælegat. ley Si creditorem, y ley Legavi, ff. de Liberation. legat. ley 19. tit. 9. Partid. 6. y §. Sed si uxori institut. de Legat. Bart. in dict. §. Titia al fin. Roman. consil. 445. n. 9. Paul. de Castr. consil. 383. lib. 1. col. 3. Bursat. consil. 32. n. 4. 32. y sig. lib. 1.

(2) Dicha ley Qui testamentum, & ibi. DD. Bart. in dict. leg. Cum quis decedens, §. Codicillis col. 1. ff. de Legat. 3. Socin. consil. 90. col. 4. lib. 3. Morqueck. de Divison. bonor. lib. 1. cap. 9. n. 12. y 13.

jurada. (1) Lo qual se limíta, y entiende, excepto que haya renunciado la excepcion de la *non numerata pecunia*; ò que sino la renunció, esté pasado el tiempo de oponerla, que son dos años: (2) ò que la haya hecho, disuelto el matrimonio, pues en este caso le perjudicará, porque se presume hecha con animo de donar su importe à la muger, ò à sus herederos: (3) ò que haciendola constante matrimonio, esté la muger presente; pues entonces prueba contra él, à lo menos para que se presuma hecha con el animo expresado, y se estimará como si lo hubiera sido en contrato entre vivos; (4) pero no se confirmará con su muerte en el exceso de los quinientos sueldos de oro que la ley 9. tit. 4. Partid. 5. prefine: (5) ò que precediese promesa de la dote, y despues confesase el marido haberla recibido: (6) en cuyos cinco casos le perjudicará su confesion.

38 Pero sin embargo de que en estos casos perjudique al marido su confesion, si la hizo en fraude de sus acree-

(1) Glos. in leg. Assiduis, §. Cum vero datæ, Cod. Qui potiores in pignor. habeant. Socin. in Rubr. ff. Soluto matrim. Roman. consil. 445. Abb. consil. 73. col. 3. vers. Præterea lib. 2. Bart. in leg. Aurelius, §. Cajo, ff. de Liberation. legat. Petr. & Cin. in leg. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. Joann. And. in Addition. ad Specul. in Rubr. de Donation. inter vir. & uxor. Menoch. præsumpt. 12. n. 43. al 46. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 5.

(2) Menoch. ibi. n. 17. y 19. Alex. Salicet. y otros en la ley Assiduis cit. Cuman. consil. 31. Bald. consil. 352. n. 3. vol. 3.

(3) Bald. consil. 349. vol. 3.

(4) Alex consil. 45 n. 5. y 6. vol. 1. Bald. consil. 381. vol. 5. n. 1. Socin. consil. 62. n. 2 vol. 1.

(5) Jul. Clar. lib 4. Sententiar. §. Donatio n 3. Menoch. Præsumpt. cit. n. 39. y 40. Socin. in leg. 1. n. 97. ff. Solut. matrimon. Salicet. in leg. Donationes quas, Cod. de Donation. inter virum, & uxor.

(6) Ley In contractibus, vers. Illis tamen, Cod. de Non numerat. pecun. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 6. Menoch. præsumpt. 12. cit. n. 53. Gom. en la ley 50. de Toro n. 52. vers. Quod tamen limita.

acreedores, ò de las legitimas de sus herederos forzosos, no prueba contra ellos; cuyo fraude se puede inducir de la qualidad de las personas, cantidad que confiese haber recibido, y de otras circunstancias, y congeturas, por las que se prueba el dolo. (1) Lo que tendrá presente el Contador, y sobre ello vea al Señor *Covarrub. lib.* 1. *Var. cap.* 7. *per tot.* que lata, y doctamente trata de esta dote.

39 No puede enagenar el marido los bienes dotales inmuebles, o raices de su muger, aunque ésta lo consienta verbalmente; y para que valga su enagenacion ha de intervenir su anuencia, ò permiso jurado, (2) concurriendo por su hecho propio al otorgamiento, y celebracion del contrato, jurandolo en la forma que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte num. 116. y haciendo la renuncia expresada en el cap. 2. num. 8. de ella. De lo qual se infiere, que segun Derecho Canonico jamás se transfiere al marido el dominio irrevocable en ellos, como en los muebles, aunque sean estimados, y que por consiguiente no causa venta su estimacion, como la de estos, por lo que viene à ser un mero usufructuario, y deberá restituirlos, y no dinero por ellos, aunque lo pretenda.

40 Pero no obstante que consienta la enagenacion de los dotales no estimados hecha por su marido, ò concurra al contrato, se la debe pagar su valor: y si lo celebra por sí sola con licencia suya, y recibe el precio, parece que no deberá satisfacersele, porque quando procede por su hecho propio como principal, y unica otorgante, y el marido no concurre al contrato, ni exerce otro oficio que el

(1) Ley Dolum, Cod. de Dolo. Mascard. de Probation. lib. 1. conclus. 362. Morquech de Division. lib. 1. y cap. 9. dichos n. 21.

(2) Ley 1. ff. de Fundo dotal. y leyes 18. y 19. tit. 11. Partid. 4. cap. Licet mulieres, y cap. Cum contingat de Jure jurand. in 6.

el de darle la licencia, ninguna ley la favorece, y sí solamente quando es fiadora de él, ù de otro, ò con él de mancomun lo otorga, segun latamente expliqué en dicho cap. 4. desde el num. 104. al 119. pero acerca de esto, y su inteligencia vease à *Gutierr. de Juram. confirm. part.* 1. *cap.* 1. *per tot.* pues por importar poco al Contador, omito molestarle mas.

41 Si la muger consintió la enagenacion con juramento, y el marido tenia entonces bienes con que reintegrarla su importe, no puede repetirlo, disuelto el matrimonio, no obstante que obtenga previa relaxacion del juramento; pero sino los tenia, y fue enormemente engañada, bien puede, precedida la relaxacion: pues aunque no se pruebe haberla conminado el marido, como concurre el miedo reverencial con la lesion, basta para rescindir el contrato de enagenacion. (1)

42 En segundo lugar se deben deducir del cuerpo del caudal inventariado los bienes, que à mas de la dote llevó la muger al matrimonio, y llaman *parafernales*, ò *extradotales*: pues para su recobro, ò el de su importe, aunque no goza del privilegio de prelacion, que para el de los dotales, la compete el de tacita hipoteca en los de su marido, y éste queda obligado à debolverselos, no obstante que no se obligue expresamente. (2) Lo qual procede, y se entiende, ya haya, ò no gananciales, y existan, ò

(1) Alciat. in cap. Cum contingat n. 2. y 8. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 93. y 94. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 3. §. 6. n. 4. & in cap. Quamvis pactum part. 6. §. 4. n. 7. Socin. consil. 263. col. 1. n. 2 y 4. vers. Ad præmissa respondetur. Morquech. dicho lib. 1. cap. 9. n. 40. al 42.

(2) Ley de His, Cod. de Donation. inter vir. & uxor. ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. ley fin. Cod. de Pact. convent. y ley 17. tit. 11. Partid. 4.

ò no los bienes referidos: pues no existiendo, los satisfará el marido de su capital.

43 Pero esta obligacion marital se circunscribe, y limíta à solo el caso en que la muger los haya entregado à su marido, para que los cuidase, y administrase como los dotales, y éste recibidolos, y administradolos, ò ella de su consentimiento: pues si los reservó, y administró por sí, sin intervenir su marido, ni entregarselos, (como puede hacerlo si quiere) cesa la obligacion marital en este caso: y si se consumen, deterioran, ò pierden, será por cuenta, y riesgo de ella, porque retiene su dominio, y por consiguiente nada de su importe se la debe abonar, ni deducir del cuerpo de caudal, por no haber entrado en el fondo de la sociedad. (1) Y lo mismo procede quando se duda si se los entregó, ò no, porque se presume haber retenido su dominio, segun se prueba de la ley 17. tit. 11. Partid. 4. ibi: *E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que haya el Señorío en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Eso mismo sería quando fuesen en dudas si las diera al marido, ò non.*

44 Si la muger no entregó à su marido sus bienes parafernales, pero los llevó à su poder, y con el uso de ambos, y de su familia se consumieron, ò deterioraron, callando, y consintiendolo ella, no tendrá obligacion el marido, ni su heredero de bonificarla, ò pagarla su valor, ò estimacion; (2) lo qual se entiende, excepto que se

(1) Dichas leyes, y ley Hac lege, Cod. de Pact. convent. DD. in l. 8. fin. Cod. hoc tit. & in leg. 1. ff. Solut. matrim. Sr. Greg. Lop. en la 17. de Partid. cit. glos. 3.

(2) Dicha ley de Ilis, & ibi Bald. Angel. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Jure dotium Alex. in leg. Æstimatæ res, ff. Solut. matrim. Gom. en la 50. de Toro n. 44. vers. Et ex superioribus.

se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entonces en quanto se utilizó estará obligado, (1) ò que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal.

45 Mas si el marido los consumió en el uso de su casa, y familia, ignorandolo, y no consintiendolo su muger, está obligado à la integra restitucion de su valor, porque no es visto haberselos donado. (2) Lo qual milita, y procede, ya haya, ò no gananciales, pues en caso de no haberlos, los deberá reintegrar de su capital, como deuda contra él con hipoteca tacita.

46 No está prohibido al marido enagenar los bienes parafernales de su muger con su consentimiento, aunque no intervenga su juramento. (3) Y si ambos juntos los vendieron, y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la muger habia contraido antes de casarse, no tiene derecho à pedirlo, porque cedió en su utilidad, pues si al tiempo que se casó la tuviera satisfecha, esto menos llevaria al matrimonio: y asi, respecto tener recibido su importe con el pago hecho, no se sacará del cuerpo de caudal, ni de los gananciales, ni tampoco del privativo haber del marido, antes bien si éste la pagare de sus bienes, le competirá la accion: *Pro socio*, ò *negotiorum gestorum*, para recuperarla de los de su muger. (4)

47 Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la muger, se le ha de abonar integramente, deduciendose de los gananciales (si los hay) como fondo, ò capital puesto en la sociedad: y no habien-

(1) Ley de His cit. Gom. ibi. vers. Secunda conclusio.

(2) Dicha ley de His. Gom. ibi. vers. Tertia conclusio.

(3) Ley de His dicha. Parladorr. different 124. n. 8. y 9.

(4) Leyes Si liber homo 36. Solvendo 39. y Cum pecuniam 43. ff de Negot. gest. y ley Omne æs, ff. Pro socio.

biendolos, del caudal de su marido, porque está obligado à responderla de ellos. (1) Previniendo, que no se llama utilidad, ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido está obligado por derecho (2) à darselos.

48 Y aunque se diga que la muger se perjudicó en el consentimiento que prestó, por lo que carece de accion para repetir su precio, no obsta: porque el consentimiento es para no poder pedir al comprador, ni à su marido los mismos bienes que le vendió, mas no para privarse del derecho de repetir de éste su valor, pues para esto era necesario nuevo, y expreso consentimiento; y aun quando lo diera, no serviria, porque se estimaria donacion entre marido, y muger, que por derecho está prohibida, (3) y se confirma solamente con la muerte del donante.

49 Si el marido los vendió sin consentimiento de su muger por su justo precio, podrá ésta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio; pues como dice el Derecho, (4) no se transfiere à otro lo ageno sin voluntad de su dueño; y no queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de la hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el Contador lo deberá baxar de él sin reparo, pues en caso que la muger repitiese contra el comprador, tendria este el regreso contra el caudal inventariado.

50 Habiendolos vendido el marido en menor precio que

(1) Dicha ley de His, y ley fin. Cod. de Pact. convent.

(2) Ley Si cum dotem 22. §. Sin autem, ff. Solut. matrimon. y ley 9. tit. 3. lib. 5. Recop.

(3) Ley 4. tit. 11. Partid. 4. Ayor. de Partit. part. 1. cap. 8. n. 2. y 3.

(4) Ley Id quod nostrum est 11. ff. de Regul. jur. y regla 13. tit. 34. Partid. 7.

que el que valian, se ha de distinguir: ò hay gananciales, ò no: sino los hay, ò aunque los haya, si la muger, ò sus herederos los renuncian, es indubitable que tiene derecho para repetir los de su marido: (1) y no debolviendoselos éste, le exigirá su verdadero valor, y estimacion; (2) pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable à la reintegracion de su justo valor sin el menor desfalco.

51 Y si habiendo gananciales los acepta la muger, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplacito por su marido: porque aunque el dinero de lo vendido haya ayudado à multiplicar los gananciales, y la muger lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad; y à no haberse vendido, se hubiera aumentado mas el caudal, pues quanto mayor es el fondo de la sociedad, mejor negocio se puede hacer, y sacar mas utilidad. A mas, de que pudo haberse perdido el dinero, y entonces mayor perjuicio se irrogaba à la muger; (3) y como dice el Derecho, (4) no se compensa el daño, ò culpa cometida en una cosa, ò negocio con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios.

52 No contentandose la muger con el precio en que su marido vendió sin su permiso sus bienes parafernales, y antes bien queriendo el valor legitimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo de caudal, como incluso en la misma hacienda, y fondo de la sociedad; y el mayor valor que el marido dexó de percibir, y perdió por

(1) Dichas leyes fin. Cod. de Pact. convent. y de His, Cod. de Donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley Qui restituere 68. ff. de Reivindication.

(3) Ayor. dicho cap. 8. n. 7.

(4) Leyes de Illo 23. Non ob eam rem 25. y Et ideo 26. ff. Pro socio, y ley 13. tit. 10. Partid. 5. verb. E si alguna perdida.

por su culpa lo pagará, y à este efecto se baxará de su privativo haber, como deuda contra él, y no de los gananciales, porque à baxarse de estos, se la pagaba con lo suyo propio la mitad, en la que se la perjudicaba indebidamente. (1)

53 Pero si la muger pide no solo el legitimo valor de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino la mitad de frutos que desde la venta celebrada por su marido, pudieron haber producido segun la estimacion regular, será oida, y el marido obligado à resarcirla todos los daños, è intereses, por haberlos enagenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está à los que por su culpa ocasiona à la sociedad: (2) pues el que tiene obligacion de hacer, ò no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño, è interes. (3) Es asi que el marido está obligado à conservar, y no enagenar los bienes parafernales que su muger lleva, y le entrega: (4) luego sino lo hiciere, deberá satisfacer el que se la cause, en el que se comprehenden los frutos, que à no haberlos enagenado, hubiera percibido. (5) Lo qual se limita, y no procede en caso que el marido pruebe que con el precio de los bienes parafernales de su muger lucró tanto como podian haber producido de frutos, y la podia tocar de estos, pues entonces no habrá lugar la pretension de ella en esta parte. (6) De-

(1) Ley Sed nec æs alienum 12. y ley Cum duobus 52. §. Damna, ff. Pro socio, y leyes Adversus cohæredes 3. y Incerti juris 19. Cod. Familiæ erciscundæ. Ayor. dicho cap. 8. n. 8.

(2) Ley Cum duobus cit. §. Venit, y §. Damna.

(3) Ley Stipulationem 2. §. Item si in facto, ley In illa Stipulatione 8. y ley Ubi autem 75. §. Qui id, quod, ff. de Verbor. obligation. & ibi. DD.

(4) Dicha ley fin. Cod. de Pact. convent.

(5) Ley Item veniunt 20. §. Simili modo, y §. Restituere autem, ff. de Petition. hæreditat.

(6) Ayor. dicho cap. 8. n. 9.

54 Deducidos los bienes dotales, y parafernales, se han de baxar del cuerpo de caudal los que acredite la muger haber heredado *ex testamento*, y *abintestato* de sus ascendientes, ò de algun pariente, ò extraño, ò recaido en ella por titulo lucrativo, mientras estuvo casada, si los entregó à su marido, pues se contemplan como parafernales: y asi deben ser graduados por la regla que estos, por no ser del caso que los éntre en el matrimonio quando lo contrae, ò despues, una vez que entraron en poder de su marido: ni tampoco ser de los que el Derecho llama gananciales, ni por consiguiente comunicarse entre los dos como estos, sino propios, y privativos de la muger, en quien recayeron, (pues no pertenece à la sociedad (1) la adquisicion que se hace por sucesion) por lo que si existen, se la aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, si lo hay, ò en otros equivalentes en su defecto: y no existiendo, sacará el valor, ò estimacion que tenian quando recayeron en ella, y los entregó à su marido: y aunque consistan en numero, peso, ò medida, no tendrá derecho à pedir igual suma de cada especie, porque este privilegio se concede unicamente à la dote; y cesando la causa dotal, milita la misma razon en el marido que en la muger para la exaccion de lo que puso por fondo de la sociedad. (2) Previniendo, que si no solo no hay gananciales, sino que falta caudal para completar todo lo que ambos conyuges entraron en el matrimonio, y heredaron constante éste, debe perder el marido, y suplir del suyo lo que falte para completar lo que percibió de

(1) Leyes Nec adjecit 9. Et quia plerumque 10. y Et ita de Hæreditate 11. ff. Pro socio, y ley Si societatis 4. Cod. eod. tit. Gom. en la 50. de Toro n. 72. vers. Tertius est. Matienz. en la 1. glos. 2. n. 3. y en la 3. tit. 9. glos 6. n. fin. lib. 5. Recop.

(2) Ayor. part. 1. cap. 7. n. 13.

de su mugèr, porque entra en su poder, lo administra todo, y se le transfiere su dominio.

55 Al marido pertenecen los frutos de la dote de su muger, ya sea, ò no estimada, (1) con tal que concurran tres circunstancias: La primera, que el matrimonio se celebre perfectamente: La segunda, que tenga posesion de la dote: Y la tercera, que sufra las cargas matrimoniales. (2) Lo qual se entiende, ya los frutos sean naturales, civiles, ò industriales, y los bienes muebles, raices, ò semovientes, (excepto los partos de la sierva) y excedan, ò no à las cargas del matrimonio: (3) y ya consistan en bienes vinculados, penas, multas, tributos, ò en otras utilidades provenientes de Ducado, Condado, Dignidad, ò Jurisdiccion de la misma muger; pues en todo tiene el usufructo, y comodidad, mientras dura el matrimonio. (4)

56 No parece debe militar lo expuesto para con los frutos de los bienes parafernales de la muger, pues si los retiene en sí, la pertenecerán del mismo modo que su propiedad, constante matrimonio, y no à su marido. Lo uno, porque los textos citados conceden solamente à éste los de la dote, y asi en perjuicio de ella no se deben ampliar à otros. Lo otro, porque como accesorios siguen lo principal. Y lo otro, porque en los bienes dotales interviene uni-

(1) Ley Pro oneribus, Cod. de Jure dot. ley Dotis fructus, ff. eod. tit. ley Plerumque, vers. Si servi, ff. eod. y ley de Divisione, ff. Solut. matrimon.

(2) Leyes 18. y 25. tit. 11. Partid. 4.

(3) Dicha ley Plerumque, ley Pecudum, ff. de Usur. ley Unica, §. Itaque partus, Cod. de Rei uxoriæ action. leyes 23. tit. 31. Partid. 3. y 25. tit. 11. Partid. 4. y §. In pecudum institut. de Rerum divis.

(4) Arg. leg. fin. al fin. ff. Solut. matrim. ley Si insula, vers. Ad impiorum, y ley Usufructu legato, ff. de Usufruct. Bart. in dict. leg. fin. & ibi. Paul. de Castr. Immol. Roman. Cuman. y Alex. Gomez en la 50. de Toro n. 33.

unicamente titulo oneroso, mediante el qual lucra el marido sus frutos por remuneracion, y recompensa de las cargas matrimoniales que supera. (1) Pero no obstante, ya entregue, ò no à su marido los bienes parafernales, se dividirán entre ambos sus frutos, (2) pues son comunes à los dos, como en el cap. 5. de este libro num. 39. diré.

§. II.

DE DONDE SE DEBEN DEDUCIR el capital que el marido llevó al matrimonio, y bienes que constante éste heredó, ò le donaron.

57 SEparados, y deducidos del acerbo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales, y hereditarios que la muger haga constar haber entrado en su matrimonio, ò su importe, sino existen, se han de baxar en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber entrado en él, porque como fondo, ò capital puesto en la sociedad, se debe segregar antes que se proceda à la division de los gananciales, segun en el num. 1. de este capitulo dexo sentado; y lo mismo se ha de observar, aun quando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal.

58 Aunque al parecer haya gananciales, porque resul-

(1) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. & ibi. Baldo, Gom. dicho n. 33. vers. Adde tamen quod fructus.

(2) Ley 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y ley 4. tit. 9. lib. 5. Recop. & ibi. Matienz. glos. 1. n. 2. Montalv. en la del Fuero glos. 1. Gom. ibi. vers. Hodie tamen. Sr. Greg. Lop. en la 17. tit. 11. Partid. 4. glos. 2.

sultan muchos bienes comprados, ò adquiridos por ambos conyuges constante su matrimonio: si se descubren, y verifican tantas deudas, que los igualan, ò exceden à su total importe, se deben deducir estas, (siendo contraidas durante la sociedad conyugal) primero que el capital del marido; y el residuo será lo que éste perciba, pues regularmente hablando, debe satisfacerlas, y no su muger, sin embargo de que con él se haya obligado à su satisfacion, porque su obligacion es subsidiaria en defecto de bienes de su marido, y esto en quanto se la siga utilidad solamente, ò por pechos, y derechos reales, como lo ordena la ley 61. de Toro, y la Autentica: *Si qua mulier*, *Cod. ad Senatus Consultum Velleianum*, inserta en el cap. 4. §. 4. num. 113. de mi primera parte.

59 Y si las deudas consumieren el capital, y gananciales, no se prorratearán entre el marido, y su muger, porque no la entrega sus bienes, ni los administra, ni se obliga à su restitucion, como él à la de los dotales, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los de ella: por lo que este será quien lo pague todo, aunque nada le quede. (1) Pero ni en este caso, ni en el del num. 58. llevará gananciales la muger à titulo de que aparecen muchos bienes adquiridos en su matrimonio, que quando se casó no habia, porque ni hay herencia, ni utilidades hasta que se separan las deudas, y fondos de la sociedad, como dexo expuesto en dicho num. 1. y en el §. siguiente expondré.

60 Habiendo gananciales que partir, despues de separados los capitales de ambos conyuges, y deudas de su matrimonio, aunque los bienes que llevaron à este hayan perecido, y todos los que existen sean superlucrados en

(1) Ayor. de Partition. part. 1. dicho cap. 7. n. 7. 8. y 39.

en él, se ha de deducir primero el importe de los capitales de ambos, y deudas, pues no es del caso el que existan los mismos bienes, ù otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra, ò supére el importe de los entrados en la sociedad conyugal, y deudas de ella.

61 Llevando el marido al matrimonio, ò heredando despues de casado bienes consistentes en numero, peso, ò medida, si se consumieron, y no hay gananciales, los perderá, y no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimacion, como su muger por los suyos; y la razon es: Lo primero, porque de los bienes de estas clases que la muger lleva, pasa el Señorío al marido, el qual los administra, y hace suyos; por lo que el riesgo, pérdida, ò aumento que tengan, cede en su beneficio, ò detrimento: y asi está obligado à restituirle otra tanta cantidad de cada especie, como recibió, ò su importe, segun queda expuesto en los num. 6. y 10; pero la muger jamás se constituye dueña, ni administradora de los de su marido, antes bien el Señorío de éstos se queda, y existe siempre en él, sino los enagena, y por lo mismo si perecen, es por su cuenta. (1) Y lo segundo, porque ningun derecho obliga à la muger à tal responsabilidad.

62 Pero habiendo gananciales sacará el valor, ò estimacion que tenian quando los llevó, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de baxar, y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos numero de cada especie: (2) y la

(1) Ley Pignus, Cod. de Pignoratit. action. y ley Plerumque, ff. de Jure dot. Ayor. dicho cap. 7. n. 11. Morquech. de Divis. dichos lib. 1. y cap. 9. n. 3. Bayo Prax. part. 3. lib. 2. quæst. 18. n. 10. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 132.

(2) Arg. leg. Si tibi, ff. de Usufruct. earum rerum, quæ usu consumuntur, y leg. Res in dotem, ff. de Jure dot. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 12. al principio.

la razon es: Lo primero, porque su valor es lo que realmente puso por fondo, del qual no se transfirió à la muger el dominio. Lo segundo, porque si cada especie valia mas entonces, quedaba perjudicado, y en su detrimento se utilizaba su muger del exceso; y si valia menos lo quedaba ésta, por lo que dandole la estimacion que tenian, en la que pudiera haberlos vendido entonces, y de que se utilizó la sociedad, à ninguno de los dos se hace agravio, Y lo tercero, porque aun quando la muger se obligase à restituirle la misma cantidad de cada especie, una vez que habia perecido, lo estaria à la estimacion que tuviese al tiempo que se consumió, ò pereció. (1).

63 Si el marido entró en su matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, al modo que la muger, por igual razon, pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad, que dividir las utilidades de ella. Y lo propio se practicará por la misma razon si voluntariamente lo vendió: pues de haberlo vendido debe quexarse de sí, y no de su muger, que no lo hizo, ni para ello era preciso su consentimiento. (2)

64 Pero si la venta fue necesaria, v. g. à fin de satisfacer el debito contraido constante matrimonio, ò para otra urgencia indispensable, y se celebró en baxo precio, podrá deducir, y exigir no solo el en que la venta se formalizó, sino el justo que al tiempo que se efectuó valia: porque es propio de la sociedad, que se entiende contraida entre marido, y muger, y muy arreglado à razon, que

(1) Ley In re furtiva, ff. de Condition. furtiv. & ibi. DD. ley Eum qui, ff. Ut in dignis. Bart. in leg. Ex diverso, §. fin. ff. de Reivindication. Ayor. dicho n. 12. vers. Ratio diversitatis hasta el fin.

(2) Ayor. part. 3. quæst. 30. n. 108. al principio.

que antes de sacar las utilidades, se deduzcan los verdaderos capitales de ambos socios conyugales sin desfalco: (1) al modo que se practíca en la convencional, sin cuya previa deduccion no se puede saber si resultan, ò no.

§. III.

QUE DEUDAS SE DEBEN DEDUCIR, ò no del cuerpo del caudal inventariado por muerte del testador: cómo se han de deducir los derechos del inventario, tasacion, y demás que ocurran hasta la conclusion del juicio de particion: y si al heredero que defendió la herencia, ò mejoró los bienes de ella, se deberán pagar, ò no los gastos que hizo.

65 ASI como no se llaman, ni son bienes propios del difunto, ni herencia de sus herederos, sino el residuo liquido que sobra del cumulo del caudal inventariado por su muerte, despues de separado, y deducido lo que no es suyo: (2) tampoco son, ni se llaman gananciales adquiridos constante matrimonio los que quedan despues de baxados unicamente los capitales que los conyuges llevaron, y durante éste adquirieron por herencia, ù

(1) Ayor. dicha quæst. 30. y n. 108. vers. Pero si la venta, y glos. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Ley Subsignatum 39. §. Bona, ff de Verbor. significat. ley Qui fundum, §. Si quis hæredem, ff. ad leg. Falcid. ley Irritum, y ley In imponenda, Cod. eod. tit. ley Mulier bona 72. ff. de Jure dot. ley Non possunt 11. ff. de Jure fisci, ley Si universæ 15. Cod. de Legat. y §. Cum autem instit. ad leg. Falcid.

ù otro titulo lucrativo de algun pariente, ò extraño, sino se baxan, y separan tambien las deudas que contraxeron mientras estuvieron casados: pues lo mismo se observa en la sociedad convencional. (1) Pero es de advertir, que aqui no trato del privilegio, y graduacion de estas deudas, por no ser su propio lugar, y explicarlo en el capitulo del juicio de concurso de acreedores, que es el tercero del lib. 3. de esta segunda parte, à donde remito al lector, pues una vez que haya que herederar, lo mismo es para el caso baxar las privilegiadas antes, que las que no lo son.

66 Supuesto como incontrovertible lo referido, digo, que despues de separados del acerbo del caudal inventariado en la forma, y casos prescriptos en los §§. precedentes, la dote, y bienes efectivos que los conyuges entraron en su matrimonio al tiempo, ò despues de contraerlo, ò su importe, se deben baxar las deudas legitimas, y verdaderas que estén sin satisfacer, y el marido solo, ò ambos juntos contraxeron por razon de su conyugal sociedad mientras estuvieron casados solamente, y pagarse de los gananciales que haya, como se prueba de la ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real que está en uso, y dice: *Todo deudo, que marido, è muger ficieren en uno, paguenlo otrosi en uno.* Y de la 207. del estilo, cuyo contexto al principio es: *Todo el deudo, que el marido, y la muger ficieren en uno, paguenlo otrosi en uno. Y es à saber, que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es à la meitad de la deuda.* (previniendo, que por deudas no solo se entienden las que provienen de prestamo, locacion, ù otro contrato

(1) Ley Omne æs alienum 27. ley 16. tit. 10. Partid. 5. y ley Si socii 28. ff. Pro socio, y

to semejante, sino los censos, cargas, y responsabilidades à que están afectos, è hipotecados los bienes raices de ambos conyuges, pues solo lo liquido como efectivo es lo partible, y lo que se llama herencia) Y al modo que al socio convencional se satisfacen todas las expensas que hizo por causa, y utilidad de la sociedad; (1) del mismo modo las hechas por marido, y muger constante su matrimonio, se deben deducir, y pagar de los bienes multiplicados durante la suya. (2)

67 Y si habiendolas contraido marido, y muger *in solidum*, la demandaren por el todo, debe pagarlas enteramente en quanto alcancen los gananciales, como lo ordena dicha ley 207. ibi: *E otrosi es à saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor comun, y cada uno por todo, que si à la muger demandan toda la deuda que lo puede facer, es tenida de pagar toda la deuda.*

68 Pero no se deben baxar del caudal comun las deudas, cargas, y responsabilidades que qualquiera de los dos contraxo, y tenia antes de casarse, pues cada uno está obligado à satisfacerlas del suyo propio, y privativo, y de él se han de deducir, como prosiguiendo lo dispone la misma ley 14. ibi: *E si antes que fuesen ayuntados por casamiento alguno dellos fizo deudo, paguelo aquel que lo fizo, y el otro no sea tenudo de pagarlo de sus bienes.* Pues tanto menos se entiende, y es visto haber llevado al matrimonio, porque de baxarse de aquel, y no de éste, resultaria que el otro conyuge que no las habia contraido, pagaba indebidamente la mitad, en la que se le per-

(1) Dicha ley Cum duobus 52. §. Quidam sagariam, ley Si fratres, §. Si quis ex sociis, y ley Secundum Julianum, ff. Pro socio, ley Si merces, §. Vis major, ff. Locati, y leyes 7. al medio, y penult. tit. 10. Partid. 5.

(2) Matienz. en la ley 2. glos. 7. tit. 9. lib. 5. Recop.

perjudicaba; y que al verdadero deudor, debiendo satisfacerlas integramente, se beneficiaba en ella, y se lucraba en detrimento del que no lo era, lo qual prohibe justamente el Derecho. (1)

69 Y el modo de ducir las deudas que cada uno tenia contra sí, es; v. g. lleva el marido al matrimonio 20ↀ. reales de caudal, y se verifica luego que debia 4ↀ. que se omitió baxarlos del total, ò se le quita en juicio alguna finca que los valia; ò ésta se hallaba afecta à un censo, ò responsabilidad de igual suma que ambos liberáron. En este caso, lo que realmente llevó son 16ↀ. reales: y éstos, y no mas son los que se han de estimar por legitimo, y efectivo capital suyo, y deducir despues de la dote, y demás bienes de la muger, y antes que los gananciales, refiriendo en el correspondiente presupuesto de la particion el motivo por que no se baxan los 20ↀ. integros. Lo qual se entiende, y milita tambien en quanto à las cargas de los bienes raices, excepto que al tiempo de contraer matrimonio se hubiesen baxado, y puesto solo lo ilquido por dote, ò capital, pues entonces por éste se han de inventariar, y para la division estimar por efectivo caudal sin deduccion.

70 Si ningun caudal lleva quando se casa uno de los conyuges, antes sí deudas, las quales se pagan del adquirido constante matrimonio, esto menos debe haber, y le tocará de gananciales. Y el modo de formar con justificacion la cuenta, es, agregar numericamente el importe de ellas al de éstos, como si existiera: y hecho una suma dividirla por mitad, y entregar à su consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor el resto, aplicandole en vacío,

(1) Ley Jure naturæ, ff. de 7. y cap. Locupletari de Regul. Regul. jur. ley 17. tit. 34. Partid. jur. in 6.

cío, ò entrada por salida el de las deudas satisfechas, pues à no haberlas tenido, no hubiera que pagarlas, y su importe existiria en caudal, v. g. hay de gananciales 10∂. reales, y se pagaron 4∂. que estaba debiendo, y juntos suman 14∂. reales, de los quales tocan siete mil à cada uno. En este caso, el deudor no llevará mas que tres mil, que unidos à los 4∂. que debia, y se satisfacieron, componen los siete mil que le tocaban; y el otro llevará los siete mil efectivos; pues de girarse la cuenta, partiendo solamente los 10∂. existentes, y no haciendo merito de los 4∂. pagados, llevaria el deudor nueve mil, los quatro, que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los cinco, que percibia efectivos; y el otro conyuge no mas que cinco mil, debiendo percibir los siete: por cuya cuenta quedaba perjudicado éste en dos mil que recibia de menos, y aquel llevaba otros dos mil mas, cuyas dos partidas componen los quatro mil sacados del caudal, que injustamente se refundian en su beneficio. Y sino se quisiere formar asi la cuenta, se separará para el conyuge, que nada debia, otro tanto como constante matrimonio se pagó por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos, v. g. en el mismo exemplo, se separan quatro mil para el consorte, y dividen con igualdad los seis mil entre los dos, y la misma cuenta sale, porque al deudor se aplican en vacío como recibidos antes los otros quatro mil: y efectiva, y realmente de presente los tres mil, mitad de los seis mil que residuan, deducidos otros quatro mil para el otro conyuge, y percibe cada uno los siete mil que le tocan. Y asi es menester gran cuidado en hacer las deducciones generales, y particulares, pues si se hacen del caudal que no se debe, ò del modo que no corresponde, se pueden causar muchos perjuicios, y pagará quien no está obligado, lo qual despues

del punto de derecho es la mayor dificultad de una particion; previniendo, que en las generales todos los interesados pagan à prorrata de su haber.

71 Declarando el testador en su testamento estar debiendo à algun sugeto cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, ya sean legitimos, ò extraños sus herederos; pero no constando, se distingue: si estos son extraños, se baxará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando el testador lo contrario, ya sea cierta, ò incierta, y la acredite, ò no por otro medio, porque à ninguno se debe legitima, y asi deben contentarse con lo que les dexe, sin inspeccionar la certidumbre, ò incertidumbre de ella. Pero si son legitimos, se deducirá del quinto, ò tercio, (segun sean) aunque el testador la jure, porque su mera confesion, no obstante que sea jurada, no les daña, y asi se estima como legado, el qual se debe deducir de ellos en quanto quepa. (1)

72 ¿Se duda si la muger casada puede, y debe mantener à su padre, y madre pobres: y en caso que los mantenga, si el gasto de manutencion deberá imputarsela, ò no en su parte de gananciales? Y que pudiendo, debe mantenerlos, es indubitable, pues asi lo dicta el derecho natural, y lo manda el positivo. (2) Lo qual se entiende, aunque la madre pase à segundas nupcias, si el marido no puede mantenerla. (3) Pe-

(1) Bart. in leg. Cum quis decedens, §. Titia, ff. de Legat. 3. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 37. n. 36.

(2) Ley Si quis à liberis al princip. y §. Si vel parens, ff. de Liber. agnoscend. leyes 1. 2. y 3. Cod. de Alend. liber. y ley 2. al fin tit. 19. Partid. 4.

(3) Arg. leg. Quem admodum, ff de Liber. agnosced. Lara de Aliment. in leg Si quis à liberis, §. Si quis ex his, n. 273. y sig.

73 Pero que haya de salir del acerbo comun de los gananciales, como afirma *Matienzo* en la ley 3. *glos.* 7. *n.* 10. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* fundado en la obligacion natural, y en que si el debito voluntario contraido por marido, y muger constante su matrimonio, se deducen de ellos, con superior razon se debe deducir el necesario, qual es el de los alimentos, porque la muger es dueña de la mitad, atendida la disposicion de Derecho, es lo que niego, à menos que se pruebe, ò por congeturas se colija que el animo de su marido fue condonarlos, y no cargarlos à su muger, y por piedad contribuir à los padres de ésta con ellos: Lo primero, porque la obligacion referida es peculiar, y privativa de la muger, y asi no comprehende al marido por no ser hijo, ni consaguineo de sus padres. Lo segundo, porque esta deuda, y obligacion no contraida durante el matrimonio, sino antes de él por hecho de haber sido engendrada, criada, y alimentada la muger por sus padres, como se prueba de los textos citados: y los debitos contraidos antes no se deben satisfacer de los gananciales, sino de los bienes propios del que los contraxo, segun queda sentado. Lo tercero, porque aunque el debito contraido por uno de los socios subsistiendo la sociedad, se debe pagar, y deducir del cuerpo del caudal multiplicado en ella, (1) esto procede, y se entiende quando por razon de los negocios de la misma sociedad se contraxo, mas no quando la causa de contraerse fue el propio, y privativo del socio: (2) es asi que en el caso propuesto no se causó este debito de la muger por razon del matrimonio, ni de la sociedad conyugal: lue-

(1) Dichas leyes Omne æs alienum 27. y Socii 28. ff. Pro socio, y ley 16. tit. 10. Partid. 5.

(2) Dicha ley Sed nec æs alienum 12. y ley Socium, qui ita eo 60. ff. Pro socio.

luego no debe deducirse de las utilidades comunes de ésta, sino de las que por su mitad tocan à la muger. Y lo quarto, porque la sociedad conyugal no lo es de todos los bienes de los conyuges en estos Reynos de Castilla, como en el de Portugal, sino tan solo de lo que se lucra, y adquiere mientras dura, por lo que es sociedad singular ; (1) es asi que en ésta todo lo que el socio expende del caudal comun en alimentar à su muger, è hijos, se le imputa privativamente: (lo qual se observa tambien entre los hermanos singulares socios, para que se guarde igualdad, y ninguno se enriquezca con detrimento del otro, (2) pues no se presume donacion, à menos que se pruebe) luego lo propio se debe practicar con la muger por lo respectivo à los alimentos que subministra à sus padres. Por lo que la opinion de Matienzo debe entenderse quando se permite al marido restituir constante matrimonio à su muger la dote, para que se alimente, y à los suyos en los casos que el Derecho (3) prescribe.

74 Lo mismo que queda expuesto en quanto à la muger, procede para con el marido; por lo que si éste mantiene à su padre, ò madre, ò alimenta, ò dota algun hijo de su primer matrimonio, durante el segundo, deberá imputarsele en cuenta de su haber el importe de los alimentos, y dotacion, porque cede en detrimento de él, que por razon de gananciales corresponde à la muger segunda, y lle-

(1) Burg. de Paz Junior refiriendo à otros en la quest. 11. n. 14. Matienz. en la ley 2. glos. 3. n. 10. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Ley Si non fuerint 29. ff. Pro socio, ley Cum de indebito, ff. de Probation. ley Campanus, ff. de Operis libertor. y cap. Locupletari cit. de Regul. jur. lib. 6. Morquech. de Divis. bonor. lib. 2. cap. 2. n. 33. al 37.

(3) Ley Mutus 73. §. Manente, ff. de Jure dot. ley Quamvis 20. y ley Sed & si ideo 21. ff. Solut. matrim. y ley Si quis pro uxore, §. fin. ff. de Donation. inter vir. & uxor. Morquech. dicho lib. 2. cap. 12. n. 7. al 17.

llevará de menos el de las impensas hechas en la dote, y alimentos dados à sus hijos; y no habiendo gananciales, se la aplicará su mitad, que se exigirá del capital de su marido, porque la muger ninguna utilidad recibe en que se hagan aquellas, antes sí desfalco, pues estos gananciales menos habrá: ni tiene contraido obligacion de coadyuvar à la dotacion, ni alimentos de los hijos de su marido: (1) pues vale el argumento de éstos à ella, y al contrario. (2)

75 Entre las deudas que se deben baxar del caudal comun, se numéran los salarios de los criados; por lo que si un hijo, ò hijastro en el tiempo, y caso que se le debia dar salario, sirvió à su madre, ò padrastro, escusandole un criado, y mientras vivieron éstos no lo pidió, y despues de su muerte pretende su satisfaccion, se le debe pagar el debengado en el que los estuvo sirviendo. Sin que obste alegar que estaban pasados muchos mas años que los tres, que la ley 9. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* prescribe à los criados para pedir sus salarios, y que por consiguiente está prescripta su accion: pues esta prescripcion para con los hijos empieza desde la muerte, porque en vida ni acostumbran pedirlos por reverencia, y respecto, ni es bien visto que demanden à sus padres por ellos. (3) Pero para que no se presuma que los sirvieron por piedad, y obsequio, y sí con animo de repetir su salario, conviene que

(1) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter vir. & uxor. §. 62. n. 33. y §. 66. n. 18. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 120. y sig. Burg. de Paz quæst. 8. n. 19. y sig. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 127. n. 5. y quæst. 129. Morquech. dicho cap. 12. n. 14.

(2) Bald. y Angel. en la ley 1. ff. Solut. matrim. Ruin. consil. 104. col. 11. vol. 1. vers. Sed præcedentis. Morquech. ibi. n. 15.

(3) Flores de Mena lib. 1. Var. quæst. 8. §. 2. n. 53. y 54. Gom. en la ley 29. de Toro n. 24. vers. Ex quo sub infertur. Ayor. part. 3. quæst. 2. y 3.

que asi lo protesten : en cuyo caso no se dudará que se les deben, bien que sirviendo à su padrastro, ò hermano, no necesitan protestarlo, porque cesa la razon de obsequio, y piedad que para con sus madres. (1) Lo propio milita quando administra la hacienda de su padre en el caso que explicaré en el capitulo de colaciones num. 89. lib. 2. de este tratado.

76 En quanto à de dónde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, y demás que ocurren, hasta que à cada partícipe se entrega el testimonio de su haber, ò adjudicacion, (de cuyo punto ninguna ley, ni Autor he visto que haya tratado, y sí causar no leves perjuicios à los interesados) procediendo con la debida distincion, digo, que si el marido muere, y no traxo capital, ni su muger dote, y por consiguiente todos los bienes son gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda la mitad de todo como socio interesado en ella, y los herederos del marido la otra mitad: y si éste la legó el quinto, ò tercio, satisfará tambien à proporcion de éstos; pero aunque la toquen arras, por haberselas ofrecido su marido, nada mas debe pagar por esta razon, porque las arras son deuda contra sus bienes, que debe cobrar como acreedora sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de la sociedad. Y lo propio milita para con el lecho quotidiano que la ley la concede, y el luto que los herederos deben darla, por las razones que en el cap. 6. de este libro §. 3. expondré, pues nada de estas cosas percibe como ganancial, sino como debito.

77 Si llevó dote, ù otros bienes al matrimonio, y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que con las arras, lu-

(1) Parlador. lib. 1. Rer. quo- tidian. cap. 19. n. 5.

luto, y lecho, porque en quanto à ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, (ya sea por la accion de dominio por los que existen, y quiere recuperar, ò por la hipotecaria, à causa de no existir, y tener que responderle de su importe sus herederos) y no interesada como socio: por lo que, y por no percibir con este respeto utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion à su haber patrimonial, que están obligados à satisfacerla efectivamente sin dispendio los bienes de la herencia, aunque nada quede à los hijos, ò herederos del difunto, pues para reintegrarla de su credito, no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion: y asi pagará solamente por lo que la toque de gananciales à proporcion.

78 Sino hay gananciales, nada debe pagar la viuda por las razones expuestas: y sí solo legandola su marido el quinto, ù otra quota de herencia, satisfará à prorrata de lo que por esta causa perciba, porque en esta parte se la contempla como heredera, se utiliza en quota considerable de los bienes del difunto, y para saber à quanto asciende, es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion, y deduccion. Lo qual no sucederá à los legatarios de cosa especifica, ò cantidad determinada, porque para su entrega nada de esto es preciso hacer.

79 Y por lo respectivo à los herederos, subdistingo: Si todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad, porque perciben igual utilidad. Pero si alguno, ò algunos son mejorados en el tercio, ò quinto, ò en ambos, ò por ser extraños están instituidos en porciones diversas, deben satisfacer à prorrata de su haber los gastos, y derechos referidos, pues al modo que llevan la ganancia, deben sufrir el gravamen, como en toda sociedad convencional se practíca, porque mayor tra-

bajo se tiene en el prorrateo, y respectiva aplicacion al que mas lleva, que al que menos, y asi se debe formar otra igual cuenta para la exaccion, y repartimiento de ellos; y es indubitable, que à saberse à quanto ascendian antes de evacuar la particion, se baxarian del cuerpo del caudal como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demás, y entonces pagaba cada uno en la forma expuesta.

80 Pero es de advertir, que los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia, y trabajo del curador de algun heredero menor, loco, fatuo, ò desmemoriado, ò del defensor de ausente no están comprehendidos en los referidos, pues estos como peculiares, y privativos suyos los deben satisfacer, à mas de los que en el concepto de herederos, ò mejorados (si lo fueren) les tocan. Lo qual prevendrá el Contador por declaracion al fin de la particion, para que la tasacion se execute en los respectivos terminos expuestos, pues asi lo previne, y en virtud de precepto judicial se practicó en la que de los bienes muy quantiosos de un grande (en que habia mejora, dote, menores, y gananciales) formalicé en esta Corte, no obstante el abuso de igualdad introducido por la ignorancia, y con mi dictamen se practicó en otras, y aprobó, por ser justo, racional, y equitativo.

81 Se han de baxar igualmente del cuerpo de caudal los gastos utiles, y necesarios que del suyo privativo hizo alguno de los herederos en reparar, y mejorar los bienes comunes de la herencia, durante la proindivision, y aplicarsele integramente como acreedor: y sino se baxaren, le deben satisfacer proprocionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el computo entre éstos, y el que los hizo, porque cedieron à beneficio de todos,

pues

pues lo mismo se practíca en la sociedad convencional. (1)

82 Y si habiendolos interpelado para su pago, no se lo hiciesen, le deberán satisfacer desde la interpelacion, ò mora los justos intereses, que à no haber impendido su dinero en los bienes de la herencia, pudiera haber lucrado, empleandolo en otra cosa, ò negocio, como se prueba del §. 3. de la ley *His consequenter* 18. ff. *Familiæ erciscundæ*, que dice: *Sumptuum, quos unus ex hæredibus bona fide fecerit, usuras quoque consequi potest à cohærede ex die moræ secundum rescriptum Imperatorum Severi, & Antonini*, cuya interpelacion se entiende, ya sea judicial, ò extrajudicial. (2)

83 Si alguno de los herederos que posee la herencia, estando los demás ausentes, hiciere gastos en defenderla, por querer quitarsela otro pariente, ò extraño, pretestando ser bienes suyos, ò por otros motivos; parece que los cohederos si luego que vienen, piden sus partes, deberán abonarle proporcionalmente los hechos en su defensa, porque à no haberlos hecho, nada tendrian que tomar, antes sí que gastar en recuperarlas, si las querian. Pero no obstante, no estarán obligados en rigor de justicia à abonarle cosa alguna de su importe: Lo primero, porque no los hizo por su mandado, por lo que no le compete contra ellos la accion *negotiorum gestorum.* (3) Y lo segundo, porque los hizo de necesidad por su privativa utilidad en defender su parte, y no la de los coherederos: por lo que solo en el caso de haber satisfecho algunos mas por

(1) Dicha ley Omne æs alienum, ley Si fratres, §. Si in communionem, y ley Si pro socio, ff. Pro socio, y dicha ley 16. tit. 10. Partid. 5.

(2) Glos. & DD. in leg. Vinum, ff. de Reb. credit. si certum pet. Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 20.

(3) Ley Hæres ejus, §. Non tantum, ff. Familiæ erciscund.

por la defensa de todos, deberán abonarle el exceso. (1)

84 Y si el hermano, ò heredero presente no poseía la herencia, por lo que no la defendió, antes sí la pidió toda para sí à quien la tenia, diciendo ser unico heredero, por haber fallecido otro que se habia ausentado: y despues de obtenida en juicio, parece el coheredero ausente, y pretende la mitad, y el presente se resiste à entregarsela, pretestando haberse declarado solamente à su favor, y no al del coheredero que no litigó: en este caso deberá comunicar con él la victoria del pleyto, y cederle su derecho por mitad, para que la perciba de los poseedores; y si está en posesion de ella, entregarsela, pues la victoria, ò sentencia aprovecha al coheredero segun Derecho. (2) Lo qual se entiende, pagandole las expensas à proporcion. (3)

CA-

(1) Lex Ex parte 39. al'princip. ff. Familiæ erciscund. Ayor. part. 3. quæst. 18.

(2) Ley Si hæres unus 7. ff. Familiæ erciscundæ.

(3) Ayor. dicha part. 3. quæst. 19. de Partition.

CAPITULO IV.

DEL MODO DE DIVIDIR ENTRE el conyuge superstite, y herederos del difunto los gananciales adquiridos constante su matrimonio, y mientras está la herencia proindiviso: y las mejoras hechas en los bienes libres, y vinculados de ambos conyuges: y si la dote, y donacion *propter nuptias*, que éstos dieron, ò prometieron à sus hijos, se han de satisfacer de los gananciales, ò de los suyos patrimoniales.

SUMARIO.

§. I.

1. *EL residuo que resulta despues de separados los bienes que marido, y muger entran en la sociedad conyugal, y las deudas contraidas durante ésta, es ganancial, y como tal se debe dividir entre ambos por mitad, viviendo juntos.*

2. 3. *Lo mismo sucede, aunque habiten en Pueblos diversos, con tal que subsista su matrimonio, y mutuo consentimiento, ya lo ganen ambos, ò uno solo.*

4. *No constando qué bienes entró cada conyuge en su matrimonio, todos se entienden adquiridos durante él, y como tales se deben dividir con igualdad.*

5. *En la Ciudad de Xeréz*

réz de los Caballeros, Villa de Alburquerque, y en otros Pueblos se observa el fuero del Baylío.

6. 7. *Son gananciales, y se deben dividir entre marido, y muger los bienes que ambos compran, ò el uno solo, durante su matrimonio, con el dinero comun, ò del uno, excepto en tres casos.*

8. 9. 10. *Es comunicable entre los conyuges la comodidad del usufructo de finca que el uno lleva en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolída con ella; pero no el derecho de usufructuar. Y lo propio milíta quando el marido adquiere despues de casado el de algunos bienes.*

11. *Son comunicables à los conyuges los frutos de la parte de herencia, ò legado que el testador dexó à alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, aunque sobre validacion de la herencia, ò legado haya pleyto, y por este motivo tarde en hacerse la particion.*

12. *Lo mismo procede quando durante el primer matrimonio se empieza pleyto sobre la pertenencia de ciertos bienes à alguno de los conyuges, y por haber muerto antes de concluirse, dexando hijos, se buelve à casar el superstite, y el pleyto se termina durante el segundo matrimonio.*

13. *Se comunica por mitad entre los conyuges el precio del fundo patrimonial que el marido retraxo por derecho de sangre, pero no el fundo.*

14. 15. *El valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros que los conyuges compran durante su matrimonio, es comunicable à entrambos; pero se han de adjudicar por el que tengan al tiempo de la division, aunque hayan costado menos.*

16. 17. 18. *Teniendo comprado el marido algun oficio, y no pagado enteramente su precio, ò estando gravado con algun censo, y casandose, y acabando de pagarlo despues, ò redimiendo el*

el censo con el dinero dotal, ¿si tendrá parte en el mismo oficio la muger, ò se la comunicará la mitad del mayor valor que tenga al tiempo de disolverse el matrimonio?

19. 20. *Es comunicable à los conyuges la donacion remuneratoria que se les hace constante su matrimonio.*

21. *Se les comunican tambien los bienes castrenses adquiridos con el caudal de ambos, y no de otro modo.*

22. *Y lo que adquiere el marido con los oficios de Juez, Abogado, Escribano, y otros quasi castrenses.*

23. *El precio de la finca vendida con el pacto de* retrovendendo *antes del matrimonio, y recuperada durante éste, se comunica à ambos conyuges, mas no la finca.*

24. *Los partos de las siervas son comunicables à los conyuges.*

25. *Si lo será, ò no lo que los parientes del marido donan à su muger, ò los de ésta à aquel al tiempo, ò despues de casarse.*

26. 27. 28. *Si se comunicarán, ò no al marido los reditos de censo, el usufructo, pension, legado annuo, ò renta vitalicia que la muger lleva al matrimonio, ¿ò estará obligado à restituirselos, disuelto éste?*

29. *A la muger casada se transfiere en habito, y potencia constante matrimonio, el dominio, y posesion revocable de los bienes gananciales, y despues que su marido muere, irrevocable, y efectivamente.*

30. *El marido se constituye real, y verdadero dueño de los gananciales durante su matrimonio.*

31. 32. *La muger, disuelto el matrimonio, puede repetir de los terceros poseedores, y deudores sin cesion de su marido, ni de sus herederos la mitad de los gananciales que la toca.*

33. *En el matrimonio putativo se comunican los gananciales à los conyuges, al modo que en el legitimo, y verdadero: y la dote tiene iguales privilegios en éste*

que

que en aquel; pero no vale la donacion simple entre ellos, ni há lugar la succesion abintestato de uno à otro.

34. al 43. *Cómo se han de dividir los gananciales entre hijos de dos, ò mas matrimonios, ya hayan llevado, ò no dote sus madres, y conste, ò no quantos se adquirieron en cada uno.*

§. II.

44. 45. *El conyuge que comete delito, por el que debe perder los gananciales, ò parte de ellos, no percibirá la en que por el delito sea condenado.*

46. *Quedandose la muger en su casa despues de casada, sin haber ido à habitar con su marido, nada la toca de los gananciales que éste lucró en su intermedio con su mera industria, trabajo, y caudal.*

47. 48. *Si el esposo antes de conducir la esposa à su casa, recibe su dote en dinero, y con él adquiere muchos gananciales, se la comunicarán, no habiendola alimentado.*

49 *El marido que echó à su muger de su casa sin causa legitima, debe comunicarla los gananciales que adquirió mientras existió fuera. Y lo propio milita con ella, quando sin motivo justo no quiere vivir con él.*

50. *Separandose marido, y muger con legitima dispensacion, hace suyo cada uno lo que adquiere despues de la separacion.*

51. 52. *Si por motivo grave se separa la muger de su marido, llevará la mitad de los gananciales antes, y despues de su separacion adquiridos. Y lo mismo procede para con el marido, quando la muger dió causa al divorcio.*

53. *La muger que es adultera, ò se pervierte, pierde su dote, arras, y gananciales.*

54. *Y si despues de viuda vive luxoriosamente, pierde los gananciales.*

55. al 60. *Renunciando la muger los gananciales antes*

tes de casarse, ò despues de casada, ò viuda, nada percibirá de ellos, pero no pagará deudas.

61. *Quando ninguno pacto intervino acerca de los gananciales, ¿qué se debe tener presente para su division?*

62. *Enagenando el marido sin dolo los gananciales, no participará de ellos su muger.*

63. 64. 65. *Donando el marido los gananciales, ò consumiendolos en vicios, ¿si competirá, ò no à su muger repeticion contra él por la parte que donó, ò disipó.*

66. *La muger casada no puede donar su dote, ni gananciales, ni aun dar limosna sin licencia de su marido, excepto en tres casos.*

67. 68. 69. *¿Quándo quedará, ò no obligada la muger por la fianza que su marido hizo?*

70. 71. *Aceptando la muger los gananciales, y porque no son suficientes para satisfacer las deudas, renunciandolos luego, ¿si estará, ò no obligada à su satisfaccion?*

§. III.

72. *No se comunican à la muger las mejoras que su marido hace en las Fortalezas, Lugares, y heredamientos de su Mayorazgo.*

73. 74. *¿Cómo se han de dividir las mejoras hechas en los bienes libres de marido, y muger?*

75. 76. *Haciendo gastos, ò reparos el marido en las fincas dotales no estimadas, ya sean utiles, necesarios, ò voluntarios, y haya, ò no otros gananciales, ¿si tendrá, ò no derecho à su repeticion, y retencion de ellas para su cobro?*

77. 78. *Siendo utiles, ò necesarios los gastos referidos, ¿cómo se han de dividir?*

79. 80. *Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento que sus herederos entreguen libremente à su muger los que llevó à su poder, ò la restituyan su dote, ¿si deberán*

rán cumplirlo, ya haya, ò no frutos pendientes en ellos, y los herederos sean legitimos, ò extraños?

§. IV.

81. al 91. *Muriendo uno de los conyuges, y dexando herederos legitimos, ò extraños, si el superstite conserva en su poder mucho tiempo los bienes de todos, y con los frutos que producen durante la proindivision, adquiere gananciales, ¿cómo se han de dividir?*

92. *Muerto el marido, cesa la sociedad que tenia contraida con alguno: y si su muger era partícipe en ella, percibirá la mitad de la porcion que à su marido tocaba.*

93. *Si entre el socio, y herederos del marido, y viuda de éste se renovó la sociedad, se debe comunicar entre todos lo que con el nuevo consentimiento hicieron: y aunque no se haya contraido nueva sociedad, se comunicará el lucro percibido de la cosa de la anterior.*

94. *No se comunica el lucro adquirido de cosa que no es de la sociedad. Y el heredero del socio del difunto debe continuar la incohada por éste.*

95. *A la viuda del conductor de alcavalas, ù otros derechos públicos se deben comunicar las utilidades, y pérdidas de esta locacion, si al tiempo de su muerte subsistia.*

96. *Siendo Mercader el marido, y prosiguiendo su viuda el mismo negocio, se la comunicarán sus utilidades, ò pérdidas.*

97. *No siendo Mercader, ni teniendo negocio alguno su viuda, ni herederos, aunque posean la herencia proindiviso, no se conceptúa contraida entre ellos sociedad, sino lo pactan. Y lo mismo sucede entre los hermanos, sin embargo de que comuniquen entre sí todos los frutos de las heredades paternas.*

98. *Habiendo fallecido la madre dexando mejorado à uno de sus hijos, si el padre*

dre poseyó todos los bienes proindiviso, y se aumentaron con el transcurso del tiempo, ¿si se aumentará, ò no la mejora?

§. V.

99. 100. 101. *¿De qué bienes se han de pagar à los hijos la dote, y donacion* propter nuptias, *que sus padres juntos, ò el padre solo les ofrecieron, ya haya, ò no gananciales, y en caso de haberlos, alcancen, ò no al total de la oferta?*

102. 103. *¿Quándo podrá, ó no la madre prometer dote à su hija de los gananciales sin licencia de su marido?*

104. *Si despues de haber prometido marido, y muger juntos cierta dote à su hija, renunciare aquella los gananciales, se pagará de ellos, y no bastando para completarla, de los de ambos.*

105. *Habitando marido, y muger en Pueblo, en que no se comunican los gananciales, puede repetir ésta de aquel lo que con él prometió à la hija de ambos, excepto en un caso.*

106. *La dote, y donacion, que el padre, ò madre despues de viudos ofrecen à sus hijos, se ha de satisfacer de los gananciales.*

107. *El hijo, ò hija que fue dotada por sus padres juntos, debe colacionar por muerte del primero la mitad de lo que percibió, y la otra mitad por la del otro.*

108. *Lo mismo procede, si habiendo gananciales, y estando los bienes proindiviso, dió, ù ofreció la madre viuda dote à una hija, ò hizo donacion* propter nuptias *à un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes las daba, ò hacia.*

109. 110. *Si el padre solo dió, ò prometió dote à su hija, ò hizo donacion* propter nuptias *à su hijo, habiendo gananciales, ¿qué deberán colacionar por su muerte?*

111. *Mejorando el padre à un hijo en el tercio de sus bienes, y consignándoselo en finca lacrada cons-*

tante su matrimonio, que le entrega, ¿si valdrá la mejora en el todo, ò solo en la mitad perteneciente al mejorante?

112. 113. *No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote à su hija, ò donacion* propter nuptias *à su hijo, es visto prometersela de los suyos propios, aunque administre bienes adventicios de ellos.*

114. *Si el padre administrador de los bienes adventicios de la hija la prometiere dote de éstos, y de los suyos, sin expresar qué cantidad de unos, y otros, ¿de quáles se presume dotada?*

115. *Si el padre que casó una hija, y la dió cierta dote, casa despues otra, y la ofrece tambien dote de sus bienes, y de los de la misma hija, se entiende ser dotada ésta en los terminos que aquella.*

116. *Está obligado el padre natural à dar alimentos à sus hijos naturales, y dotar à su hija natural: y lo mismo procede con la madre, y abuelo en ciertos casos.*

117. *Quando la madre, y abuela curadoras de su hija, y nieta administran sus bienes, si las dotan, se entiende dotarlas de los de éstas.*

118. *Y si las ofrecen en dote mas que lo que importen sus bienes, es visto prometerlas de los suyos propios el exceso, excepto en un caso. Y sino son sus curadoras, se presume prometersela de los suyos.*

119. *Ofreciendo el padrastro, y la madre, ò el padre, y la madrastra juntos dote, ò donacion al entenado, ò entenada, ¿de qué bienes se presume habersela prometido?*

120. *Para poder repetir el padrastro los alimentos que dió à su entenado, ò hijastro, son precisas dos circunstancias.*

121. 122. *Si muertos los padres, habitaren juntos hermano, y hermana, poseyendo los bienes proindiviso, y durante la proindivision se ca-*

casare la hermana, y su hermano la dotare, sin expresar de qué bienes, se entiende dotarla de los que la corresponde, y asi se la debe imputar en su haber todo lo que lleve en dote, quando entre los dos se haga la division de los bienes de sus padres.

§. I.

QUALES SE LLAMAN BIENES gananciales, y se comunican à los casados: y cómo se han de dividir entre hijos de dos, ò mas matrimonios.

1 DEducidos los bienes, que el marido, y su muger acreditaren haber puesto por fondo, y entrado en su sociedad conyugal, y las deudas contraidas constante su matrimonio verdadero, en la forma, y terminos explicados en el anterior capitulo, es incremento, y utilidad de la misma sociedad todo el residuo, y como ganancial, ò multiplicado se debe comunicar en estos Reynos de Castilla, y dividir por mitad entre los dos, si viven juntos, segun lo ordena la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. que dice: *Toda cosa que el marido, y la muger ganaren, ò compraren estando de consuno, hayanlo ambos por medio, y si fuere donadío de Rey, y lo diere à ambos, hayanlo marido, y muger: y si lo diere al uno, hayalo solo aquel à quien lo diere.* Lo qual era al contrario por derecho antiguo, pues todos los bienes se presumian pertenecer al marido, y la muger llevaba solamente los que probaba ser suyos, para evitar la sospecha de que los hubiese adquirido de trato ilicito; excepto que tuviese arte, ù oficio, con el qual los ganase honestamente, pues en este ca-

caso no se la desposeía de los que alegaba pertenecerla, y sobre ello era oída. (1)

2 La conclusion sentada en el numero precedente, milita, y há lugar no solo quando marido, y muger cohabitan en un mismo Pueblo, y casa, sino aunque estén en diversos, con tal que subsistan el matrimonio, y su mutuo consentimiento, y union de voluntades, y no haya mediado divorcio, v. g. si el marido es á empleado, y la muger porque el clima es nocivo à su salud, o por otro justo motivo se queda en su Patria, ò si en ella tiene algun trafico, y el marido otro en otra parte: pues en estos, y otros casos semejantes subsisten el matrimonio, y la sociedad, y union de sus voluntades, aunque no la de sus cuerpos, y asi todo quanto lucren uno, ù otro, ò ambos, se debe comunicar, y dividir por mitad: (2) no obstante decir algunos, que para esto es precisa la simultanea cohabitacion, pero se desestima su parecer.

3 Lo mismo procede, ya lo ganen ambos, ò el uno solo constante matrimonio: pues aunque el uno nada trabaje, no dexará por eso de participar de las utilidades, porque para este unico efecto mediante la legal concesion son socios de compañia universal, en la qual no se impide la sociedad, y participacion del lucro, por comerciar, y trabajar el uno, y nada hacer el otro, respecto à que se ne-

(1) Ley Quintus Mucius 51. ff. y ley Etiam si uxoris 6. Cod. de Donation. inter vir. & uxor. y ley 2. tit. 14. Partid. 3. verb. E otrosi decimos, que quando el marido muere. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 1. Ayor. part. 2. quæst. 36. n. 34. Garcia de Acquæstu conjugal. n. 63.

(2) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter vir. & uxor. §. 64. n. 15. Gom. de Leon in sua Centur. cap. 1. n. 11. Acev. en la ley 2. n. 14. verb. de Consuno, y en la 6 al fin tit. 9. lib. 5. Recop. Matienz. en dicha ley 2. glos. 1. n. 42. y 43. Gom Arias en la 12. de Toro n. 15. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 11. n. 3. Garcia ibi. n. 53. al 58.

negocia con el caudal, y à nombre de ambos, aunque suene uno solo. (1)

4 Sino consta, ni se acredita qué bienes llevó cada uno al matrimonio, ò durante él heredó, ò le donaron, ò su importe, todos se conceptúan adquiridos en su intermedio, y deben dividir en la forma expresada, segun se prueba de la ley 1. de dicho tit. y lib. cuyo contexto es: *Como quier que el Derecho diga que todas las cosas que han marido, y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente: y ansi mandamos que se guarde por ley.*

5 En la Villa de Alburquerque, Ciudad de Xeréz de los Caballeros, y Pueblos de su Comarca, en que se observa el fuero denominado del *Baylío*, todos los bienes que marido, y muger llevan à su matrimonio, y heredan, y adquieren despues por qualquier titulo, son comunicables como gananciales entre ambos, aunque el uno nada lleve, no pactandose al tiempo del casamiento lo contrario, ò casar segun el de Leon, cuyo fuero está mandado observar por Real Cedula de 20. de Diciembre de 1778. expedida à consulta del Consejo en vista de representacion del Personero de Alburquerque, y lo dispositivo de dicha Cedula dice: *Por la qual apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío: y mando que todos los Tribunales de estos mis Reynos se arreglen à él para la decision de los pleytos que sobre particiones ocurran en la ci-*

(1) Bald. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. Alex. consil. 37. col. 2. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 2. n. 29. y cap. 11. dicho n. 15. y 16.

citada Villa de Alburquerque, Ciudad de Xeréz de los Caballeros, y demás Pueblos donde se ha observado hasta ahora: entendiendose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad, y transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente, que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los Pueblos. Y lo mismo se observa en Portugal por costumbre inconcusa aprobada por la Ordenanza del lib. 4 tit. 46. de su Recopilacion, siempre que se contrae el matrimonio simplemente: pues si se pacta otra cosa, se observa el pacto, de que trata *Valasco de Partitionib.* cap. 5.

6 Los bienes que como gananciales, ò multiplicados se deben dividir con igualdad entre marido, y muger, son no solo los que entrambos compran durante su matrimonio con el dinero, y caudal comun, (1) sino los que compra el marido por sí solo, ò su muger con su licencia tácita, ò expresa, ya sea el dinero comun, ò de qualquiera de los dos, pues de todos modos se les comunican en la forma expuesta, (2) porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no à la persona, en cuyo nombre suena la venta, y aparecen comprados.

7 Lo qual se limíta en estos tres casos: ò que con el precio del fundo de uno de los conyuges vendido se compren otro, ù otros, y en la escritura se exprese asi, o lo confiese el otro conyuge, pues se subrroga éste en lugar de aquel, por cuya subrrogacion queda propio del que era dueño del vendido: (3) ò que se trueque por otro, y se diga que se ha de subrrogar en su lugar, pues se enten-

(1) Cap. 2. de Donation. inter vir. & uxor. & ibi. DD. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 2.

(2) Segur. in Repet. leg. 3. §. ult. n. 70. y 71. ff. de Liber. & posthum. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 1. y 46. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 117. n. 3.

(3) Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 6.

tenderá subrrogado, y substituido, (1) ò que el marido con dinero dotal, y consentimiento de su muger compre alguna finca raiz: pues en este caso se hará propia de ella, y ganará su Señorío como comprada con su mismo dinero; pero sino interviene su consentimiento, y el marido la compra en su propio nombre, será dotal en subsidio solamente, que es en defecto de tener otros bienes el marido: (2) y fuera de estos casos no se constituye de la muger, (3) como en el cap. 3. n. 26. al 28. dexo sentado.

8 Es igualmente comunicable entre marido, y muger la comodidad, ò frutos del usufructo de alhaja, ò finca que uno de ellos llevó en propiedad al matrimonio, y durante éste se consolidó con ella, por haber fallecido el que la usufructuaba, ò por otra causa, ò motivo, (4) pues se conceptúa haberla llevado en propiedad, y usufructo.

9 Pero el derecho de usufructuar no se comunica à los socios, porque es personal, y à la similitud, y manera de propiedad que pertenece à su legitimo dueño, y se juzga provenir de la causa que ésta, y es una misma cosa con ella, y no distinta: y quando el fin tiene causa necesaria con el principio, se atiende à éste, y no à aquel, porque no es cosa nueva, sino incremento de la primera: al modo que quando el aumento intrinseco sobreviene à la misma cosa por su propia fuerza, virtud, y naturaleza,

(1) Ley 11. tit 4. lib. 3. del Fuero Real. Rodrig. Suar. en ella vers. Secundo limita. Matienz. ubi supr. n. 4. Acev. en dicha ley 2. n. 16.

(2) Ley 49. tit. 5. Partid. 5. & ibi. glos. 8. ley Uxor marito, ff. de Donation. inter vir. & uxor. ley Ita constante, ley Res quæ, y ley Cum vir, ff. de Jure dot.

(3) Ley Ex pecunia, Cod. de Jure dot. Gom. en la 50. de Toro n. 36.

(4) Palac. Rub. in Repet. rubr. de Donation. inter vir. & uxor. §. 62. n. 13. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 116. n. 4. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 8. n. 29. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 10. y lib. 4. cap. 5. n. 14.

za, v. g. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales, y constante matrimonio se constituye del valor de dos mil, porque el tiempo se lo dió sin su industria, trabajo, ni obra hecha en él: pues este valor intrinseco, y aumento es propio, y privativo del marido, y asi no se debe comunicar à su muger, ni por consiguiente tasarse por mas que el que tenia, y se le dió al tiempo que lo llevó. Por lo que el derecho de usufructo, ò de percibir los frutos, ò disfrutar la comodidad es una cosa, la qual no es comunicable, y los mismos frutos, ò comodidad del usufructo son cosa muy diversa, y se comunican. (1) Lo qual tendrá presente el Contador, pues no todos lo advierten, y causan graves perjuicios.

10 Lo propio milita quando el marido adquiere despues de casado el usufructo de algunos bienes: v. g. quando de su primer matrimonio tiene un hijo en su poder, el qual heredó à su madre, ò sus parientes, ò extraños le donaron algunas fincas, cuya propiedad, y derecho de usufructuarlas le toca; pero la comodidad, y sus frutos corresponden à su padre como tal, mientras exista en su poder, con obligacion de alimentarlo, y darle educacion. En cuyo caso aunque la muger segunda no tiene parte en el derecho de usufructuar, por ser del padre, interin no sale el hijo de su dominio, pero sí en los frutos que las fincas producen mientras está casada con él; y asi llevará la mitad de los que durante su matrimonio haya, y no se baxará, ni descontará de los gananciales, para aplicar-

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 18. tit. 11. Partid 4. glos 2. Gom. en la ley 50. de Toro n. 78. y en la 70. n 28. cerca del fin, y hib. 2. Var. cap. 15. n. 19. Palac. Rub. ubi supr. Matienz. en dicha ley 2. tit 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 87. al 92. Gutier. ubi supr. n. 1. y 2. Ayor. dicho cap. 8. n. 22.

carlo todo al marido, (1) porque si la muger muere antes de salir el hijo del poder de su padre, queda en éste el mismo derecho. Lo qual es corriente, y como opinion segura, y mas comun se observa en la práctica.

11. Son comunicables tambien à los conyuges los frutos de la parte de herencia, ò legado que el testador dexó à alguno de ellos, y se vencieron despues de su muerte, no obstante que sobre validacion del legado, ò division de la herencia haya habido pleyto, y tardado por este motivo en hacerse la particion, y entrega: pues sin embargo de que *Ayor. part.*3. *quæst.*29. afirma, que el legatario, ò coheredero los ha de llevar precipuos como la cosa legada, fundandose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente, y con efecto, y en que los conyuges no pusieron trabajo en su produccion, el qual es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos; no debe seguirse su dictamen: Lo primero, porque el legatario en el instante que fallece el testador adquiere dominio en lo legado, como especifico, (2) y desde el dia de su adquisicion se le deben los frutos, (3) y especialmente desde la litis contestacion, desde la qual se constituye poseedor de mala fé el colitigante. (4) Lo segundo, porque la ley no requiere, ni pide precisa, è indispensablemente que los conyuges pongan su industria, y trabajo material en su produccion, pues basta que constante su sociedad, y union de voluntades se produzcan, y devenguen: y la prueba de ello es el concederse-

los

(1) Palac. Rub. en dicho §.62. vers. Unde lucra habita n. 11. al 13. y §. 65. al fin. Faber. in §. Si cui, institut. de Legat. Ayor. dicho cap. 8. n. 20. al 22. part. 1.

(2) Ley 2. Cod. Commun. de legat. y ley 34. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley 37. dicho tit. 5. Partid. 6. y ley Herennius 42. ff. de Usur.

(4) Ley Certum est 22. Cod. de Rei vindication.

los hasta de los bienes castrenses, y casi castrenses que no se les comunican, como diré en el capitulo siguiente §. 5. num. 37. pues si su personal trabajo fuera indispensable, no se comunicarian los reditos, pensiones, y otros, en que nada mas hacen, ni tienen que hacer, que percibirlos. Y lo tercero, porque la demora en determinarse el pleyto no daña al conyuge, ni por la sentencia adquiere cosa nueva, sino unicamente declaracion del derecho que tenia adquirido, como lo expresa la ley *Sicuti autem*, §. *Et siquidem* 4. ff. *Si servitus vindicetur*, ibi: *Quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quæ est declarari*, es asi que declara pertenecerle los frutos desde entonces: luego es lo mismo que si desde este tiempo hubiera empezado à percibirlos; y mas habiendose seguido el pleyto à costa del caudal de ambos, por lo que se retrotrae à él.

12 Lo mismo procede quando durante el primer matrimonio empieza pleyto sobre la pertenencia de ciertos bienes à alguno de los conyuges; pues si muere antes de concluirse dexando hijos, se buelve à casar el superstite, y el pleyto se termína constante el matrimonio segundo: percibirán integros los bienes, y tambien la mitad de frutos los hijos del matrimonio primero vencidos hasta la muerte del dueño de los bienes; y los del segundo nada de su propiedad, y sí unicamente la parte que como herederos del superstite les corresponda con los del primero à la otra mitad de frutos. (1)

13 Se comunica por mitad entre los socios conyugales el precio del fundo patrimonial, que constante matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, como mas

(1) Garcia de Conjugali ac quæstu ex n. 190. al 195.

mas inmediato consanguineo, pero no el fundo; (1) por lo que aunque el valor de este se inventarie, y considere (segun se debe) como aumento del caudal de ambos, para saber à quanto ascienden las utilidades de la sociedad, no se ha de dividir entre ellos, sino aplicarse integro al marido como dueño en parte de pago de su mitad, y à la muger otra cosa por la mitad que la toca de su valor; pues à ninguno se debe despojar del dominio de sus bienes conocidos para adjudicarlos al otro, sin que preceda su consentimiento, ò que en otros terminos no se le pueda hacer pago de su haber, como dexo advertido al Contador en el cap. 2. num. 49.

14 La estimacion, ò valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros, que durante el matrimonio compran los conyuges, se les debe comunicar en los propios terminos, porque estos oficios, por costumbre de estos Reynos, y tacita permision del Soberano, se venden, dán *insolutum*, y hace execucion en ellos, y como transmisibles à los herederos se colacionan, al modo que otros bienes, y se les aplican en las particiones. (2)

15 Pero es de advertir, que aunque los conyuges los heyan comprado por poco, si al tiempo de la particion tienen mayor valor, se han de adjudicar por el que entonces se les dé, y no por el que costaron, (pues su incremento toca à la sociedad conyugal, al modo que la tocaria el decremento) y de la mitad debe participar la muger: (3) lo qual se practica no solo con esta clase de bie-

(1) Gom. en la ley 70. de Toro n. 28. Castill. en ella col. fin y Gom. Arias n. 48. Dieg. Perez en la 4. tit. 4. lib. 5. Ordenam. fol. 165. Matienz. en la 7. glos. 12. n. 10. tit. 11. lib. 5. Recopil. Gutier. dicha quest. 116. n. 3.

(2) Gom. en la ley 29. de Toro n. 21. Matienz. en la 5. tit. 9. lib. 5. glos. 4. n. 6.

(3) Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. Ayor. de Partit. part. 1. cap. 8. n. 16.

bienes, sino con otros qualesquiera comprados durante la sociedad, no conviniendose en lo contrario los interesados, como siendo mayores de veinte y cinco años lo pueden hacer. Lo propio milita con el derecho de patronato adquirido por el marido constante matrimonio por fundacion, dotacion, ò construccion de alguna Iglesia, pues tambien se comunica à entrambos. (1)

16 Supuesto ser comunicable à los conyuges la estimacion, ò valor de los referidos oficios comprados constante matrimonio, se pregunta: » ¿Si habiendo compra»do alguno el marido antes de casarse, pero no pagado »enteramente su precio? O si estando gravado con algun »censo, se casa, y despues con el dinero dotal de su mu»ger acaba de pagarlo, ò libéra el censo, tendrá parte »la muger en el mismo oficio por la subrrogacion de su »dinero, con que se acabó de pagar, ò redimió el grava»men. Y si el aumento, ò mayor valor que tenga al tiem»po de la disolucion del matrimonio será ganancial, y »como tal comunicable à la muger.

17 Y se responde à lo primero, que aunque es indubitado que lo que se compra con el dinero dotal, se contempla dotal, y lo comprado se subrroga en el precio por ello dado, (2) segun, y en los terminos que expuse en el num. 6. y en el cap. 3. num. 26. al 28. No obstante, en el presente caso es diverso, porque no se compró durante el matrimonio, y solamente se pagó lo que se debia, y

(1) Palac. Rub. in dict. §. 62. n. 23. Matienz. en la glos. cit. n. 5. Morquech. de Division. dicho lib. 2. cap. 11. n. 14.

(2) Ley Res quæ 54. ff. de Jure dotium, ley Uxor 55. ff. de Donation. inter vir. & uxor. ley Si ut proponis 8. Cod. de Rei vindication. y ley 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, & ibi. Montalv. glos. 2. y 5. Gom. en la 50. de Toro n. 36. Castill. en la 70. n. 27. Gutier. consil. 22. n. 13. y 14.

y por la nuda, y simple solucion no se transfiere el dominio à la muger, por lo que mucho menos se puede hacer por ella la subrrogacion, pues para esta han de intervenir simultanea, y copulativamente no solo la solucion, sino la compra, como se prueba de los textos citados, y de otros. (1) A mas de que el marido recibe el dinero dotal que se le prometió, como acreedor à él, y el acreedor despues de percibir su credito, puede darlo en pago à otro suyo, ò disponer de él à su arbitrio como dueño, porque se le transfiere su dominio; y asi dexa de ser dotal, y por consiguiente no há lugar la subrrogacion.

18 Y à lo segundo, que el mayor valor que tenga el el oficio, no será comunicable, antes bien tocará unicamente à su dueño, porque este valor no se adquirió con el trabajo, ni industria de ambos, ni ellos se lo dieron, sino el tiempo, ò tal vez ya lo tenia quando lo compró, aunque en menor se le hubiese vendido: por lo que se le aplicará por él, en que lo llevó, al modo que si valiere menos, lo llevará por el mismo: pues asi como quando el aumento, y mejora sobreviene à la alhaja del socio por su naturaleza, ò por el tiempo, ò por otra causa accidental, no se comunica à los demás socios: asi tampoco se debe comunicar este aumento intrinseco à los conyuges, quando el fundo se hizo de mayor valor por razon intrinseca. (2)

19 Tambien se comunica à los casados la donacion remuneratoria hecha constante matrimonio, porque no es propiamente mera, y pura donacion lucrativa, sino satisfacion del trabajo, ò merito hecho, ò beneficio recibido;

(1) Ley 1. y otras del tit. Cod. Si quis alteri, vel sibi, y ley 49. cerca del fin tit. 5. Partid. 5.

(2) Ley Verum 63. §. penult. ff. Pro socio. Bayo Prax. Eccles. part. 3. lib 2. quæst. 93. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 88.

do; (1) por cuya razon vale la que el padre hace à su hijo constituido en su dominio; (2) como igualmente la que mutuamente se hacen marido, y muger, ò uno solo al otro por sus respectivos, y peculiares meritos; y el Prelado Eclesiastico de los bienes de su Iglesia à quien la sirvió, y benefició; pues aunque no los puede enagenar, pero por remuneracion de los meritos, y servicios hechos en su utilidad, los podrá donar: (3) y en caso de duda siempre se presume hecha por ellos, y en su satisfacion, y compensacion. (4)

20 Pero para que esta donacion remuneratoria se comunique à ambos conyuges, si se hace al uno por los meritos hechos constante matrimonio, es necesario probar, que estos son dignos del importe de los bienes donados, (5) pues en quanto se les igualen, y no en mas, se les comunicará: y si exceden, tocará el exceso à aquel à quien se donaron, (6) quedando al prudente arbitrio del Juez en caso de duda la regulacion del valor de estos meritos, atendidas las pruebas, y congeturas que haya. (7)

Asi-

(1) Ley Atilius régulus, & ibi Bart. ff. de Donation. Abb. in Rubr. de Donation. Rip. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. quæst. 14. Tiraquell. en ella, verb. Donatione largitus n. 11. y sig.

(2) Glos. in Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testament. Doctor. in leg. Si donatione, Cod. de Collationib.

(3) Tiraquel. ubi sup. n. 20. Morquech. lib. 2. cap. 11. n. 40.

(4) Ley Nec adduxit, & ibi. Bald. ff. Pro socio. Menoch. consil 12. n. 49. y sig. Tiraq. ibi. n. 71.

(5) Bertrand. consil. 153. vol. 1. y consil. 138. n. 21. part. 2. vol. 2. Tiraquel. ubi sup. n. 70. Menoch. consil. 79. n. 20. & de Arbitr. cas. 134. lib. 2.

(6) Sr. Covarr. in cap. Cum officiis n. fin. de Testam. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 10. Partid. 5. glos. 7. Rodrig. Suar. en la 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero, limit. 3. vers. Et si dicatur. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 119. Matienz. en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 6. n. 6. 7. y 8.

(7) Alciat. de Præsumpt. regul. 1. præsumpt. 16. n. 3. y respons. 584. n. 5. Menoch. dicho cas. 134. al fin. Tiraquel. in dict. leg. Si unquam, verb. Donatione n. 102. al fin.

21 Asimismo se comunica à entrambos conyuges lo que el marido adquiere en la guerra, (que se llama *peculio castrense*) ò el Rey le dona en remuneracion de los servicios que le hizo en ella. Lo qual se entiende, quando sirvió sin sueldo, y se mantuvo à expensas del caudal de los dos, en cuyo caso los deben dividir por mitad; pero si gozó sueldo, y con él se mantuvo, y no con los bienes comunes, nada tocará à la muger de la donacion que el Rey le hizo, ò cosa que adquirió en la guerra, como se prueba de la ley 2. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, que es la 3. tit. 9. lib. 5. Recop. y dice: *Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre, ò de madre, ò de otro propinquo, ò de donadío de Señor, ò de pariente, ò de amigo, ò en la hueste del Rey, ò de otro que vaya por su Soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo. Y si fuere en hueste sin Soldada à costa de sí, è de su muger, quanto ganare de esta guisa, todo sea del marido, è de la muger: Cá asi como la costa es comunal de ambos, lo que asi ganaren sea comunal de ambos.* Y en su declaracion lo corrobora la ley 5. del mismo titulo, y libro. (1) Previniendo, que lo donado por el Rey se entiende en quanto equivalga à los servicios hechos en la guerra à expensas de ambos, pues si excede à estas, no se comunicará el exceso à la muger, cuya opinion es la veridica, y segura. (2) Pero lo que fuera de campaña ahorre de su sueldo, será comunicable, porque de esto no habla la ley; lo que no prohibe, se entiende permitido, y lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demás. (3) Al

(1) Matienz. en la ley 3. cit. glos. 4. 5. y 6. y en la 5. glos. 2. y 3. Gutier. dicha quæst. 119. ex n. 6. hasta el fin. Morquech. dicho cap. 11 n. 9. y 45. lib. 2.

(2) Acev. en las leyes 3. y 4. tit. 9. lib. 5. Recop. Morquech. dicho n. 45. al fin.

(3) Ley Cum Prætor, ff. de Judic. y ley Qui accusare, ff. de Accusationib. ley Nec non, ff. Ex quibus causis majores, y ley 18. ff. de Testib.

22 Al modo que lo que el marido adquiere en la guerra, es comunicable à la muger en el caso propuesto, lo es tambien lo que gana con los oficios de Juez, Abogado, Escribano, y otros semejantes, durante el matrimonio; pues estos oficios son *quasi castrenses*, y lo que le producen, son frutos, los quales de qualquier calidad que sean les corresponden por mitad, como diré en el cap. 5. de este libro §. 5. pero su propiedad, que son los mismos oficios, si el Rey los concede al marido, toca privativamente à éste, y asi nada llevará su muger. (1)

23 El precio de la finca, que antes de casarse tenia vendida el marido con el pacto de *retrovendendo*, y despues de casado recupera en virtud de este pacto, es igualmente comunicable à entrambos conyuges, mas no la finca; y asi en la particion se ha de aplicar esta al marido, porque à ella ningun derecho compete à su muger, y sí unicamente à la mitad del precio con que se recuperó, como que salió del fondo comun: y en la adjudicacion ha de observar el Contador lo que dexo explicado en el num. 12. en quanto à la retraida por derecho de consanguinidad, (2) pues se atiende al principio, y no al fin, quando este tiene consecuencia necesaria con aquel. (3)

24 Los partos de las siervas de alguno de los conyuges son comunicables à entrambos, (4) porque se comprenden baxo del nombre generico de reditos, y estos ya pro-

(1) Leyes 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Recop. y ley Cum duobus, §. Papinianus, ff. Pro socio. Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. vers. Quartus est. Rodrig. Suar. en la 2. dicho tit. y lib. del Fuero. Morquech. dicho cap. 11. n. 46.

(2) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 115. Morquech. ibi. n. 47.

(3) Ley 3. §. Socio, ff. de Minorib. ley Pomponius, ff. de Negot. gest. Morquech. lib. 4. cap. 5. n. 15. y 16.

(4) Sr. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 11. Partid. 4. glos. 1. Villalob. in Ærario commun. opinion. litter. D. n. 236. Morquech. dicho cap. 11. n. 25. y 47.

procedan de los bienes de qualquiera de los dos, ò de los de ambos, se les comunican, al modo que los frutos, à los quales se equiparan regularmente, (1) pues son como frutos industriables, y no naturales, (2) porque en ellos, y en su produccion mas obra el cuidado, industria, y solicitud, que la naturaleza, y no basta la virtud de esta para ella; (3) y asi como si la esclava se muere, se debe resarcir su precio de los gananciales: asi tambien su parto se debe dividir, porque estos de qualquiera suerte que sean adquiridos constante matrimonio, se comunican regularmente à marido, y muger, y quien está al provecho debe estar al daño, y al contrario. (4)

25 Donando los parientes del marido à su muger al tiempo de casarse, ò despues algunas joyas, vestidos, dinero, ù otra cosa, ò por el contrario los de ésta à aquel, se pregunta, ¿si estos bienes, ò su importe se estimarán por capital del donatario, ò de aquel por cuya contemplacion se dán, ò si serán comunicables à entrambos? Cuya question propone indistintamente *Ayor. de Partition. part.* 1. *cap.* 8. *n.* 18. y mas fundamentalmente la trata *Garcia de Acquæstu conjugali ex n.* 107. *y Palac. Rub. in Repet. rubr.* §§. 43. *y* 44. Y para dirimir los dubios, que por la diversidad de pareceres pueden ocurrir al Contador, conviene distinguir ocho casos: El primero, si en el dia de la boda dán algo à la novia los consanguineos del novio, se entiende en caso de duda, que se lo dán

(1) Ley 7. ff. de Usufruct. y ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. ibi: *Frutos*, y *rentas*, y en ella Matienz. glos. 5.

(2) Ley In pecudum, y ley Paulus, §. 1. ff. de Usur. y §. In pecudum institut. de Rerum divis. Alex. & DD. in leg. Deducta, §. Hæreditatem, ff. ad Trebellian.

(3) Bald. y Salicet. en la ley Ancillæ 12. Cod. de Furto Montalv. en la 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

(4) Ley Secundum naturam, ff. de Regul. jur. Morquech. dicho cap. 11. n. 48. y 49.

dán por contemplacion de éste, y por consiguiente que él se lo dá, pues asi como lo habian de regalar à él, lo regalan à ella, por lo que se reputa *donacion esponsalicia*, y como tal si el novio la hubiere besado, lucrará la mitad de lo donado, y si el matrimonio se consumó, lo hace suyo todo, y se la debe aplicar con arreglo à la Ley Real; pero sino intervino beso, ni consumacion, à nada tiene derecho, ni sus herederos. Y lo propio milíta para con los parientes de la novia respecto del novio, ò esposo de presente, en quanto à reputarse donado por contemplacion de ella, (1) y no à lo demás, pues en él no se atiende à si consumó, ò no el matrimonio, y fue, ò no besado, por la razon que expondré con legal apoyo en el cap. 6. de este libro num. 33. El segundo, si los consanguineos de cada uno dán algo à su consanguineo, lo hace suyo tambien éste, y nada debe participar el conyuge, ya se lo dén en el dia de la boda, ò despues. Y lo mismo procede, si se lo dán algunos amigos, lo qual está expresamente decidido por la ley 3. tit. 9. lib. 5. Recop. inserta en el num. 20. que dice: *Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre, ò de madre, ò de otro propinquo, ò donadío de Señor, ò de pariente, ò de amigo, ò en la hueste del Rey, ò de otro que vaya por su soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo*::: y al fin concluye diciendo: *y esto que dicho es de suso de las ganancias de los maridos, y eso mismo sea de las mugeres*. Cuyo caso como de ley, y no los demás que motivan la discordia de los

(1) Gom. en la ley 50. de Toro n. 67. Garcia de Conjugali acquæstu n. 107. Molador de Fratrib. part. 1. cap. 29. Ayor. part. 1. cap. 8. n. 18. vers. Sed in casu proposito, y vers. Unum tamen est. Guerreir. de Division. lib. 7. cap. 8. n. 87. Palac. Rub. in Repet. rubr. §. 43.

los Autores, es indisputable. (1) El tercero, si los del uno donan al otro cosa que es adequada solamente à su sexo, v. g. à la muger un adorno para la cabeza, ò al marido un cavallo, pertenece tambien al donatario, porque se presume donada por mera contemplacion suya, y no del conyuge consanguineo del donante, y que esto lo hacen por la complacencia que tienen en la union de este matrimonio, y enlace con el donatario. (2) El quarto, si se dá al tiempo de la boda, ò constante matrimonio por amigos, ò extraños, es comunicable à entrambos socios, sino expresa lo contrario el donante, porque no versa la razon de consanguinidad. (3) El quinto, si en la donacion hecha al uno se hace mencion del otro, v. g. *Lego à Maria tal cosa, por estar casada con mi primo Juan. O à Maria, muger de mi hijo. O por el parentesco que tengo con su marido Pedro.* Se contempla donacion hecha por el conyuge como esponsalicia; por lo que si la muger fue besada, lucrará la mitad, y si se consumó el matrimonio, su total, segun queda sentado, (4) no expresando otra cosa el donante. El sexto, si hay costumbre en el Pueblo, ò Provincia de que el donatario haga suyo lo donado por los parientes del otro conyuge, se observará la costumbre; pero el donatario debe probarla, no siendo universal, ò notoria, pues de lo contrario se presume en duda donacion hecha por contemplacion del otro conyuge.

(1) Gom. ibi. Garcia n. 115. Guerreir. ibi. n. 88.

(2) Angel. in leg. Sed si plures, §. In adrogato, ff. de Adoption. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 120. n. 14. Guerreir. ibi. n. 89. Acev. en las leyes 3. y 4. tit. 9. lib. 5. Recop. n. 10. Mendez de Castr. in leg. Cum oportet, Cod. de Bon. matern. n. 9. y 10.

(3) Garcia ibi. n. 114. Gom. y Michalor locis citat. Guerreir. ibi. n. 90.

(4) Guerreir. ibi. n. 91. Cald. in leg. Si curatorem, verb. Læsus n. 115. Roland. consil. 10. n. 6. vol. 1. Garcia ibi. n. 108. y 117. Michalor ibi. n. 3. al 5.

ge. (1) El septimo, quando no aparece por contemplacion de quien se donó, y hay costumbre de regalar à la novia los parientes del novio, (como sucede en esta Corte) pertenece al donatario, porque se presume hecha à ésta por su respeto, y no à la sociedad conyugal; pero debe probar la costumbre, si de ella se duda. (2) El octavo es, quando consta que los parientes del uno quisieron que el otro hiciese suyo lo que le donaron, ò al contrario, en cuyo caso cesa toda duda, y lo llevará aquel à quien fue su voluntad pasase. (3) Todo lo qual tendrá presente el Contador, pues suelen ocurrir estos casos, y no todos los saben.

26 En quanto à los reditos de censo, usufructo, pension, legado annuo, ò renta vitalicia, que la muger lleva en dote al matrimonio, si serán, ò no comunicables al marido como frutos conyugales, ò estará obligado à restituirselos como bienes dotales, disuelto el matrimonio, hay dos opiniones; la una dice que no lo son: Lo primero, porque ya sean constituidos en ultima voluntad, (en cuyo caso son muchos legados annuos, (4) ò por contrato, y entonces es una estipulacion, y contrato, (5)) si el marido los hiciese suyos, se consumiria la dote, y la muger quedaria perjudicada, lo qual resiste el derecho, por convenir estén todas dotadas para la propagacion del estado, mediante el matrimonio. (6) Lo segundo, porque los

(1) Fontanel. de Pact. nuptial. claus. 11. glos. unic. ex n. 3. Guerreir. ibi. n. 92. y 93. Michalor n. 12.

(2) Duard. de Societat. lib. 2. cap. 3. quæst. 4. n. 25. y 34. Fontanel. ibi. n. 28. Garcia ibi. n. 122. Guerreir. dicho cap. 8. n. 94. lib. 7.

(3) Ayor. dicho cap. 8. n. 19. vers. Sed si constaret.

(4) Ley Singulos, ff. de Annuis legat. ley Pater Severinam, §. ult. al fin. ff. de Conditionib. & demonstration.

(5) Ley Stichum, §. 1. ff. de Verbor. obligation.

(6) Ley 1. ff. Solut. matrim.

los frutos que consumen la sustancia de la cosa, no pertenecen al marido: (1) y siendo estos tales, que fuera de ellos no hay sustancia, se sigue que no le tocan. Lo tercero, porque en el usufructo de todos los bienes se comprehenden los frutos, è intereses del dinero que se debe, mas no el mismo dinero: (2) luego el marido no puede usar de estos reditos, y hacerlos suyos sin la obligacion de restituirlos, porque son capital, y consumidos, nada queda. Y lo quarto, porque al modo que si la muger lleva en dote no estimada una cantera, ò pedrera, que no crece, pero puede durar algunos años, no hace suyas el marido las piedras que de ella extrae, porque aunque subsista la cantera, no se aumenta, ni renace lo que de ella se saca: (3) del propio modo si estos reditos se consumen, aunque la pension dure muchos años, se consume toda la sustancia, y capital, por lo que debe el marido restituirlos como dotales. Y la opinion contraria afirma, que el marido los hace suyos, sin que esté obligado à su restitucion, porque se le conceden para ayuda à superar las cargas matrimoniales, y que asi se comunican entre ambos conyuges, como otros qualesquiera frutos, ò reditos. (4) Sobre lo qual veanse los Autores. (5)

27 Yo distinguiendo, digo, que si los reditos, legado, ò pension son constituidos à favor de la muger por ciertos, y limitados años, debe el marido restituirlos, ò lo que de ellos perciba, porque en este caso es como una deu-

(1) Ley Fructus 7. §. Si vir 13. ff. Solut. matrimon.

(2) Ley Usori 24. ff. de Usufruct. legat.

(3) Dicha ley Fructus, y §. Si vir, y ley 27. tit. 11. Partid. 4. & ibi. glos. 2. y 3.

(4) Morquech. de Divis. lib. 2. dicho cap. 11. ex n. 24. al 37.

(5) Garcia de Conjugali acquæstu n. 174. Sarmient. lib. 3. Selectar. cap. 10. Gutier. de Tutel. part. 3. cap. 35. Spino Specul. testam. glos. 13. n. 66. Morquech. ibi. ex n. 19.

deuda, y obligacion de satisfacer paulatina, y annualmente su total importe, y acabado el tiempo de su concesion, nada queda à la muger en propiedad, ni usufructo, al modo que quando lleva en dote alguna deuda, cuya solucion está estipulada à plazos iguales.

28 Pero si la muger tiene derecho à gozarlos toda su vida, nada debe restituirla, porque el derecho de percibirlos es la propiedad; y lo que anualmente percibe, son frutos, emolumentos, y comodidad de aquel derecho inseparable, permanente, è inenagenable, el qual viene à ser à la similitud de la propiedad de alhaja raiz vinculada, de que no puede disponer el poseedor, cuyos frutos son del marido; y como aunque éste muera no se extingue, antes bien siempre queda en la muger vivo, ileso, y sin el mas leve gravamen, ni diminucion, al modo que la propiedad de la finca vinculada; por eso le tocan, y los hace suyos. Y solo en el caso, y terminos propuestos en el cap. 2. de mi primera parte Tom. 1. num. 18. de que traté en el tercero de este libro num. 29. estará obligado à restituir los que justamente se pacten, porque es visto haberlos renunciado à su favor, y querido privarse de ellos, lo qual no le está prohibido, (1) pues à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado. (2) Y lo mismo digo quando la muger lleva en dote algun empleo que el marido debe servir, como en dicho cap. 2. expliqué.

29 A la muger casada se comunica, y transfiere en habito, y potencia el dominio, y posesion revocable, y ficta de la mitad de los bienes, que constante matrimonio lucra, y adquiere con su marido: y despues que este fallece, se le transfiere irrevocable, y efectivamente, de mo-

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

modo que por su fallecimiento se constituye dueña absoluta en posesion, y propiedad de la mitad que dexe, (1) al modo que en los socios convencionales lo dispone la ley 47. al fin, tit. 28. Partid. 3. ibi: *Otrosi decimos, que toda ganancia que qualquier dellos faga, que el Señorío della pasa à los otros tambien, como si cada uno dellos la oviese fecha.*

30 Pero el marido no necesita la disolucion del matrimonio para constituirse real, y verdadero dueño de todos, pues constante éste, tiene en el efecto su dominio irrevocable: y asi los puede administrar, trocar, y no siendo castrenses, ni quasi castrenses, vender, y enagenar à su arbitrio, cesante el doloso animo de defraudar à su muger, como se prueba de la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. que dice: *Y otrosi, que los bienes que fueren ganados, y mejorados, y multiplicados durante el matrimonio entre el marido, y la muger, que no fueren castrenses, ni casi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia, ni otorgamiento de su muger: y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar, ò damnificar à la muger.*

31 En consecuencia de lo expuesto, se duda ¿si la muger disuelto el matrimonio, podrá repetir, y cobrar de los deudores, y terceros poseedores sin cesion del marido, ò de sus herederos la mitad de los gananciales, y de-

(1) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. Ulterius quæro. Gom. en la 50. de Toro n. 76. en la 60. n. 1. y en la 77. n. 2. y lib. 2. Var. cap. 5. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la 55. tit. 5. Partid. 5. glos. 2. vers. Et facit hoc. Sr. Covar. lib. 3. Variar. cap. 19. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 41. Morquech. lib. 2. cap. 14. n. 1. y 2.

debitos que la toca? Y algunos (1) dicen, que si la muger está contenida con el marido en el instrumento, ò contrato, puede; mas no sino lo está, porque en la sociedad universal, ò de todos los bienes no se transfieren los derechos sin la cesion, segun el comun. (2)

32 Pero otros (3) dicen indistintamente, que no es necesaria la cesion, ya esté, ò no contenida la muger en el instrumento, y los bienes sean muebles, raices, derechos incorporeos, deudas, y acciones. Lo primero, porque si se constituye verdadera dueña por la parte que la toca, luego que muere su marido, es superfluo que pida lo que tiene, y el Derecho la concede: (4) pues por su mitad la competen todos los interdictos, ò remedios posesorios. (5) Lo segundo, porque quando la ley divide algo entre varios, no es necesaria la mutua cesion de unos à otros, y asi el uno sin la del otro puede pedir su parte. (6) Lo tercero, porque al modo que el socio puede hacer por su parte, y denunciar la obra nueva, si la denuncia à nombre de los consocios, dando la competente caucion, (7) podrá exigir tambien los debitos sin cesion. Lo quarto, porque la sociedad convencional se diferencia en muchas cosas de la conyugal, como diré en el §. 4. de este capitulo. Lo quinto, porque segun el Derecho de las Partí-

(1) Abendañ. respons. 20. n. 3. y otros que cita. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 118. n. 15. y 16. Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. col. 1085.

(2) Ley 3. ff. Pro socio.

(3) Acev. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. n. 19. al 21. Morquech. dicho lib. 2. y cap. 14.

(4) Ley Unica, Cod. de Thesaur. lib. 11.

(5) Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 22.

(6) Bald. in cap. An agnatus, vel filius, vers. Extra nota n. 24.

(7) Ley de Pupilo, §. Si plures, ff. de Novi operis nuntiation. y ley 2. tit. 32. Partid. 3. & ibi. glos. 5.

tidas (1) que debemos seguir, lo que un socio adquiere en la compañia universal, se comunica à los demás sin cesion, como queda sentado en el num. 28. y siendolo, como lo es, la conyugal en quanto al lucro, se debe comunicar tambien sin ella. Y lo sexto, porque en el nombre generico de bienes se incluyen, y comprenden los derechos, y acciones: y la viuda del mismo modo adquiere dominio irrevocable en los corporeos que se la aplican, que en los incorporeos; y asi como la division judicial de los derechos surte el efecto de que pueda pedirlos sin cesion, asi tambien la legal, pues vale el argumento de la ley à la sentencia, y de ésta à aquella. (2) Por cuyas razones, es indubitable que puede pedirla, sin necesitar la cesion referida, por bastarle su adjudicacion.

33 No solo en el matrimonio legitimo, y verdadero se comunican à los casados los bienes que con su industria, y trabajo superlucran mientras dura, sino tambien los que durante el putativo adquieren, con tal que tengan buena fé, è ignorancia, y crean que es legitimo, y no de otra suerte: (3) y lo propio milita para con la dote, pues goza de iguales privilegios en éste, que en aquel, si concurren dichas circunstancias. (4) Pero la donacion pura, y simple entre ellos no vale, ni se confirma con su muerte en el matrimonio putativo: ni tampoco há lugar la suc-

(1) Ley 47. al fin tit. 28. Partid. 3.

(2) Ley Bonorum appellatio 49. ff. de Verbor. significat. ley 1. ff. de Divis. rer. y ley 2. §. Post originem, ff. de Origin. jur. Morquech. dicho lib. 2. cap. 14. n. 12. y fin.

(3) Cap. 2. de Donation. inter vir. & uxor. & ibi. Abb. & DD. Gom. en la 50. de Toro n. 69. vers. Quod extende, y n. 77.

(4) Ley Si cum dotem 22. §. fin. ff. Solut. matrim. Barbat. in cap. Ex litteris n. 19. de Pignor. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. §. 1. cap. 7. n. 3. y 8. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 4. Gom. ibi.

succesion reciproca abintestato de uno à otro. (1)

34 Por lo tocante à la division de los gananciales entre hijos de dos, ò mas matrimonios, aunque dí alguna luz al Contador en el cap. 3. de este libro desde el num. 30. al 35. tratando de la deduccion de dos dotes: no obstante, como para proceder con justificacion son precisos dos inventarios, porque realmente son dos liquidaciones, y divisiones de diversas herencias, una del primer matrimonio por lo respectivo à la dote de la muger primera, si la llevó: bienes que mientras duró haya heredado *ex testamento*, y abintestato, ò la hayan donado: arras que sumarido la haya ofrecido: gananciales que ambos hubiesen superlucrado, y legado del quinto, ù otro, si lo hizo à su marido; y otra del segundo, tal vez por iguales derechos. Y si hubo mas matrimonios, y existen hijos de todos, mas inventarios, y liquidaciones hay que hacer: procuraré (sin embargo de que en algun modo sea repeticion) instruirle radicalmente con distincion de casos, à fin de que no yerre, ni se confunda.

35 Constando por los correspondientes inventarios, y documentos, ò por probanzas, convenio, y confesion de los interesados, qué bienes llevaron, ò no el marido, y sus mugeres à sus matrimonios, y los que heredaron, y superlucraron durante su respectiva sociedad, ò su importe, y existiendo caudal, para cubrir su total, ninguna dificultad hay en hacer la particion, teniendo presentes para la deduccion de la dote, y demás haber de la muger segunda los quatro casos propuestos en los referidos numeros, y cap. 3. porque lo mismo es partir con ella, y con los hijos de la primera, que con los de ambas: pues en

(1) Leyes del tit. Cod. y ff. Unde vir, & uxor. & ibi. DD. Gom. en dicha ley 50. de Toro, y n.° 77. vers. Donatio tamen.

en aplicando à los de cada una con arreglo à sus disposiciones el respectivo haber materno por dote, gananciales, y demás derechos, deducidos previamente los gastos de sus funerales, entierros, Misas, y legados que hayan hecho, lo que quede perteneciente al padre comun se debe dividir entre ellos con igualdad, en caso que à ninguno haya mejorado, ò hecho legado, ya haya llevado, ò no capital suyo à sus matrimonios, y adquirido mas gananciales en uno que en otro, ò todos en el uno, y ningunos en el otro: porque como sus hijos están reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere nada se les debe de legitima, ni tampoco la hay, no se debe hacer merito, ni atender por lo concerniente à la paterna, al matrimonio en que los adquirió, ni à otra cosa mas, que à que son bienes que su padre dexó, y que todos son sus herederos con igualdad, ò segun su voluntad arreglada à la ley.

36 Pero no debe perder de vista el Contador para graduar el haber paterno, la obligacion, y derecho de reservacion, de que haré lata mencion en el cap. 5. del lib. 2. de este tratado, en caso de que la muger primera haya hecho legado del quinto, ò de otra cosa, ò cantidad à su marido: pues entonces como por haberse buelto à casar éste, perdió su propiedad, y solo le tocó, y tuvo el usufructo, debe bolver, y restituir su importe liquido, ò los bienes en que se lo consignó, si existen, à los hijos de ella: à cuyo fin si es legado de cosa especifica, ò de cantidad determinada, se separará, y se les aplicará: y si es del quinto, se deducirán de él los gastos de su funeral, Misas, entierro, mandas pias, y graciosas, (si las hizo) ò su importe, porque este no entró en su poder, y el residuo liquido será para los mismos hijos, y nada para los habidos en la segunda.

No

37 No procederá esto para con el legado que simplemente le haya hecho la muger segunda, pues se dividirá entre los hijos de ambos matrimonios, porque por haberse conservado viudo lo hizo suyo, como si de otra parte lo hubiera adquirido, y no incurrió en la pena de reservacion, segun tambien explicaré en dicho cap. 5. que debe retener en la memoria no solo para el caso de que el premuerto haya dexado al superstite algun legado, teniendo hijos, sino para el de que le haya hecho donacion *inter vivos*, ò haya heredado despues *ex testamento*, ò abintestato à uno, ò mas hijos, pues alli explico los casos con toda claridad, y extension.

38 No constando qué bienes entraron en su matrimonio el marido, y su primera muger, pero sí los que quedaron por muerte de ésta, todos se reputan gananciales, como dexo sentado en el num. 4. y asi se deben dividir por mitad entre ambos. Y aunque el marido ningunos haya entrado en el segundo matrimonio, se ha de aplicar à los hijos del primero la mitad de aquellos (hechas de ella las deducciones referidas) por ser perteneciente à su madre: observandose para no perjudicar à la segunda, ni à los suyos en su dote, gananciales, y demás derechos, lo explicado en el enunciado cap. 3. de este libro en el segundo caso.

39 Si llevó dote, pero no consta qué bienes quedaron quando falleció, entonces de qualesquiera que à su marido toquen privativamente por razon de capital, ò gananciales superlucrados en el matrimonio segundo, se satisfará à los hijos de la primera todo lo que en legal forma acreditaren corresponderla por dote, arras, y demás derechos: y el resto de ellos si los hubiere se dividirá entre todos los hijos de ambos matrimonios, separando primero la dote, y demás que à la segunda toque por los suyos.

Aun-

40 Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales, suponiendo haberlos habido en él, ningunos llevarán, à menos que plena, y concluyentemente prueben quáles, y quántos, y que existian al tiempo que murió su madre: y probandolo, se observará lo explicado en el citado cap. 3. segun sea el caso: pues del privativo haber de su padre se les han de satisfacer, y no del cuerpo de caudal inventariado, si hay gananciales en el segundo, para que la muger segunda no sea perjudicada en su mitad.

41 Y sin embargo de que hagan constar, que durante él compraron, y adquirieron alguna heredad, viña, ù otra alhaja, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque existan, y su padre las lleve al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre, porque pudieron haberse comprado con el dinero dotal de ésta, ò del capital de aquel, y haber enagenado algunos suyos de otra especie à dicho fin, como muchas veces sucede; por lo que se estimarán por fondo de la sociedad primera, y no por gananciales de ella. Y asi para que en caso de existir se reputen por multiplicados en él, es preciso que califiquen, y hagan ver clara, plena, y concluyentemente, que quando su madre murió habia bienes equivalentes à cubrir todo lo que ésta, y su padre entraron en su matrimonio, las deudas contraidas en él, y además los bienes existentes. (1) Lo qual no echará en olvido el Contador, pues hasta que se separan los fondos puestos en la sociedad por ambos socios, y las deudas de ésta, no hay gananciales, como legalmente dexo sentado en el referido cap. 3.

No

(1) Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 13. n. fin.

42 No acreditandose en suficiente forma en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, sino mejoró à alguno. Y aunque algunos Autores (1) dicen que se deben dividir à prorrata de lo que cada matrimonio duró, y esto parece equitativo: no me adhiero à su opinion, porque en el poco tiempo de uno se pudieron haber lucrado muchos, y en el dilatado de otro pocos, ò ningunos, ò haberse consumido los adquiridos en el anterior, como cada dia se experimenta, segun los negocios, proporciones, gastos, aplicacion, economía, y prosperidades, ò adversidades que hubiesen tenido; por lo que partiendolos con igualdad en dicho caso, se quita todo escrupulo, pues el padre pudo haberlos consumido todos, y hasta que muere ningun hijo tiene derecho à que le dé su legitima paterna, ni mas que una probable esperanza de obtenerla, y entonces todos deben ser iguales, sino mejora à alguno, y no se debe atender al tiempo que duró cada matrimonio, è inferir que adquirió en él los bienes que dexó; sino solamente à quántos, y à que son suyos, pues de lo contrario si v. g. en el primer matrimonio los habia adquirido todos, nada deberian participar los hijos del segundo; y segun la regla de prorratéo, quedarian privados de su legitima, lo qual es absurdo, è inicuo.

43 Pero si habiendose casado el marido, v.g. dos veces, no formalizó particion, ni aun descripcion de bienes por muerte de la muger primera, por lo que se ignora qué gananciales hubo en cada uno de sus matrimonios, para dividirlos entre los hijos de ambos, ¿se pregunta qué debe-

(1) Siguenz. de Claus. lib. 2. de Ratiotin. cap. 9. Var. comput. cap. 11. n. 146. citando à Escobar n. 4. y sig.

berá practicar el Contador? A la verdad que (como dice *Ayora en la quest.* 13. *part.* 3. *num.* 39.) es arduo, aunque no imposible este caso; por lo que es menester ocurrir à pruebas, y en su defecto à prudenciales congeturas: y asi procurará avenir, y concordar à las partes; y sino quisieren, y por escrituras, ù otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los existentes, estimarlos por gananciales respectivos de ambos, y aplicar à los hijos de cada uno, como adquiridos en tiempo de sus madres, y con arreglo à sus ultimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la qual todos son interesados igual, è indistintamente, si à ninguno mejoró. Si nada resultare, es menester tener presente, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger; qué negocios manejó, y utilidades tuvo, ò pérdidas: qué conducta era la de sus mugeres, pues si alguna era de las que nacen al mundo para ser el catástrofe de caudales, y vidas, como muchisimas de estos tiempos, antes le ayudaria à caer, que à levantar: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ò à sus mugeres, hijos, ò hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial, llamar à los interesados, y manifestarselo, instruyendoles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren, proponerlo al Juez como duda, à fin de que oyendolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo à lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ò de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponersela al efecto expresado, ya haya, ò no menores.

Lo que queda explicado en orden à los hijos de dos matrimonios, miíta con los de tres, ò mas, ya sea por muerte del padre, ò madre comun, segun los casos ocurran.

§. II.

QUANDO NO SE COMUNICARÀN à los conyuges los gananciales, ò los perderán.

44 NO es tan amplia, y absoluta la conclusion sentada en el num. 1. de este capitulo, de que los bienes superlucrados constante matrimonio se comunican igualmente à los casados: que no padezca sus limitaciones, como toda regla general, pues hay varios casos, en que no solo no se les comunicarán, sino que los perderán. Y para que el Contador lego, y principiante, à quien pretendo tinturar, (pues de los Maestros tuviera à mucha dicha ser discipulo, para aprender) no incida tal vez por ignorarlos, en el error de estimarlos por tales, ni por consiguiente perjudique à uno de los conyuges, procedo à su exposicion. Digo, pues, que si alguno de ellos comete crimen de lesa Magestad, ù otro, por el qual segun Derecho deba perderlos, nada percibirá de la mitad, que à no haberlo cometido, le tocaria. Y se reputan por gananciales todos los que lucran hasta que en juicio se declaran por perdidos, aunque el delito sea de tal calidad, que el perpetrador incurra *ipso jure* en la pena; pero por el del uno no pierde el otro su mitad, ni los demás bienes suyos. (1)

De

(1) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop.

45 De lo qual infiero, que aunque por el delito no se declaren por perdidos, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontarsele su mitad, y aplicarse otro tanto como importe, al otro conyuge, porque el daño que se irroga à la sociedad por dolo, ò culpa de uno de los socios, no debe dañar à los consocios segun Derecho, (1) y el que por su culpa lo experimenta, debe imputarselo à sí mismo, y no à los otros. (2) A mas de que ya sea el marido, ò la muger el administrador de los bienes, en la general administracion nada se permite hacer dolosamente, y si se hace, no daña al dueño: (3) pues de lo contrario resultaria, que siendo éste inocente, pagaba igualmente que el culpado, quando por ninguna ley se le condena, y antes bien por todas se le exime.

46 Quedandose la muger despues de casada en su casa, sin haber ido à cohabitar con su marido, ninguna parte la toca de los gananciales, que en su intermedio lucró éste con su mera industria, trabajo, y caudal: y la razon es, porque ningun trabajo puso en su conservacion, custodia, ni incremento, (que es una de las causas por que el Derecho se los concede) ni tampoco fondo, con el qual pudiese comerciar, y lucrar; y asi faltando el motivo impulsivo, y final de la ley, cesa su disposicion, por lo

(1) Ley Cum duobus 52. §. Damna, ff. Pro socio, ley Ex parte, §. Si filius, ff. Familiæ erciscundæ, y leyes 7. y 13. tit. 10. Partid. 5.

(2) Regul. Quod quis de Regul. jur. in 6. y leyes 18 y 22. tit. 34. Partid. 7. y los tit. Ne uxor pro marito, y Ne filius pro patre, Cod. Matienz. en la ley 4 glos. 7. n. 11. y en la 10. glos. 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

(3) Ley Creditor 60. §. Lucius Titius 4. ff. Mandati, & ibi. Bald. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. ex n. 16. hasta el fin.

lo que no debe participar de ellos. (1)

47 Si el esposo antes de conducir la esposa à su casa, recibe su dote en dinero, y comerciando con él adquiere muchos gananciales, se pregunta, ¿sino habiendola alimentado, tendrá parte la esposa en ellos? Y parece que no, por lo expuesto en el numero anterior, y porque falta la union, y habitacion de *consumo*, que prescribe la ley para ganarlos. Y à mas de esto, porque si perece la dote en la negociacion, es de cuenta, y riesgo del esposo, y no de la esposa, por habersele transferido su dominio, especialmente consistiendo en dinero. (2)

48 Pero lo contrario me parece mas veridico: Lo primero, porque por la celebracion del matrimonio se constituyen marido, y muger socios de divina, y humana casa; (3) y para contraer esta sociedad no es precisa la cohabitacion simultanea, como he sentado en el num. 2. basta la contraccion del matrimonio. Lo segundo, porque la sociedad se presume contraida entre los que negocian juntos, aunque vivan separados. (4) Lo tercero, porque en las obligaciones que se constituyen con el consentimiento no hay necesidad de palabras. (5) Lo quarto, porque el Derecho manda que las ganancias que de la hacienda comun se adquieren, se dividan entre los socios. (6) Lo quinto, porque interviniendo dinero solamente, se con-

(1) Montalv. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, glos. 1. Castill. en la 10. de Toro verb. Durante el matrimonio. Palac. Rub. en ella n. 12. y repet. col. 2. vers. Unde iuera habita. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 41. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 6.

(2) Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestr. col. 297.

(3) Ley Adversus 4. Cod. de Crimin. expilatæ hæreditat.

(4) Petr. de Perus tract. de Societ. part. 2.

(5) Joann. Faber. in §. 1. Institut. de Societat.

(6) Leyes 3. 6. 7. 12. y 13. tit. 10. Partid. 5.

contrae la sociedad con la intencion, y tácito consentimiento: (1) y en el caso propuesto, es visto estar contraida entre los esposos de presente antes de la simultanea cohabitacion, y asi el lucro que despues de recibida la dote se adquiere, se debe comunicar à entrambos, aunque la esposa no vaya à la casa del esposo. Y lo sexto, porque es inegable que la dote dada al esposo se le dió como à marido: (2) es asi que éste tiene obligacion de dividir con su muger las utilidades que adquiere: luego debe dividirlas tambien en el caso presente. Por cuyas razones, y por otras que aduce *Castillo* en la *ley* 16. *de Toro n.* 50. y 51. no me queda duda en que las ganancias adquiridas por el esposo con la dote de la esposa, se deben comunicar à ésta, y entenderse que él pone la industria, y ella el fondo.

49 Estando la muger en compañia de su marido, si éste la echa de su casa sin causa legitima, y mientras existe fuera, adquiere muchos gananciales, debe comunicarlos con ella, porque subsiste el matrimonio, y no tiene culpa, ni delito por el que deba perderlos, por lo que es lo mismo que si hubieran existido juntos, pues esta expulsion se entiende hecha con animo de defraudarla, lo qual le está prohibido: (3) (al modo que si el amo despide sin culpa al criado, o hace cosa, por la qual se vea en precision de despedirse, pues debe pagarle el salario estipulado, como si le hubiera servido todo el tiempo de la

(1) Ley 1. dicho tit. y Partid.

(2) Ley 2. al princip. y ley 10. tit. 11. Partid 4. arg. leg. fin. Cod. de Donation. ante nuptias. Bald. in leg. Pactum quæst. 20. Cod. de Collation.

(3) Segur. in Repet. §. Sed & si fundum leg. Unum ex familia, ff. de Legat. 2. col. 10. al fin Castill. en la 16. de Toro n. 52. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 45. al 51.

la convencion (1)) y de lo contrario conseguiria el marido comodidad de su dolo, y delito, lo qual es contra lo dispuesto por Derecho. (2) A mas de que si el marido expele à su muger sin justa causa, incurre por derecho comun (3) en la pena de darla la quarta parte de sus bienes. Luego si en esto es castigado, con superior razon en los gananciales que no son suyos, porque los concede la ley à su muger. Lo propio milita para con ésta, quando sin causa no quiere vivir con su marido, y adquiere algunos gananciales durante la separacion, pues debe comunicarlos con él. (4)

50 No procede lo expuesto quando marido, y muger se separan reciprocamente por alguna causa con legitima dispensacion, pues entonces cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion: y la razon es, porque por el hecho de estar saparados por juicio de la Iglesia, ya no son marido, ni muger: por lo que no tiene lugar, ni versa motivo alguno de los impulsivos de la ley para conceder à la muger la mitad de gananciias; y como habitan separados, tienen sus bienes en la misma forma, y faltan la voluntad, union, cohabitacion, sociedad, y trabajo de ambos para ambos, no deben comunicarselas. (5) Lo propio milita quando voluntariamente se separan votando castidad. (6)

51 Si la muger por la sevicia, ò excesiva rigidéz de su marido, ò por otro motivo grave se separa del *quoad tho-*

(1) Ley 8. tit. de las fuerzas, y daños del Fuero Real.

(2) Ley 3. §. 1. ff de Donat. inter vir. & uxor. y ley Non fraudantur, § 1. ff. de Reg. jur.

(3) Ley fin Cod. de Repud.

(4) Segur. ubi supr. col. 13. vers. Quarto. Castill. ibi. n. 53.

(5) Castill. ibi. vers. Quæro in super. Segur. ibi.

(6) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. y glos. 1. n. 57. Segur. ibi. col. 14.

thorum, *& mutuam cohabitationem*, de tal suerte, que no hacen vida marital, no solo se la debe restituir su dote, sino tambien la mitad de los gananciales antes de su separacion adquiridos, (1) y asi todo lo debe pedir.

52 Y en quanto à los lucrados despues de la separacion, parece no tendrá derecho, porque à su instancia se hizo, aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, y sufrirle, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales que él adquiriese despues. (2) Pero no obstante, la comun, y mas segura opinion es, que deberá llevar la mitad de los posteriormente adquiridos, pues sería inicuo, è injusto que la muger que sin delito estaba separada de su marido por culpa de éste, fuese privada del beneficio que la ley la concede, y que su inocencia se convirtiese en su detrimento, y al marido su delito en su utilidad. (3) Lo mismo procede para con el marido quando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y ácia ellos se debe hacer el propio juicio quando concurre identidad de razon. (4)

53 Si la muger es adultera, ò contra la voluntad de su marido se vá à casa de hombre sospechoso, (en cuyo caso se presume adultera) ò se pervierte de nuestra Santa Religion, boiviendose mora, judia, ò de otra secta, no

(1) Cap. 1. & ibi. Abb. cap. Significavit, & ibi. glos. de Donation. inter vir. & uxor. Bald. in cap. 1. Ut lite non contestata col. 1. 3. nota.

(2) Castill. ibi. vers. Item quid si uxor.

(3) Lup. in Repet. §.64. n.10. & in leg. 16. Tauri n. 35. Ferdinand. Gom. in leg. 12. Tauri n. 15 Sr. Covar. in Epitom. de Sponsal. part. 2 cap. 7. §. 1. n. 6. Matienz. ibi. n 47. y 48.

(4) Ley unica, Cod. de Indicta viduitate tollend. Segur. in dict. repetit. §. Sed si fundum, n. 26. Castill. en dicha ley 16. col. ult. Lup. en ella n. 32. Matienz. ibi. n. 53. al 55.

no solo perderá los gananciales, sino tambien su dote, y arras; excepto que su marido la perdone el adulterio, y la restituya à su compañia, pues entonces se buelven las cosas al estado que tenian antes de cometerlo, y asi nada perderá por él. (1)

54 Y si despues de viuda vive luxuriosa, y escandalosamente, pierde los gananciales, y debe restituirlos à los herederos de su marido, aunque sean extraños. (2) Pero esta pena de restitucion no comprehende al marido, porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como ésta lo es de él: por cuya razon, y por otras que dá el Derecho, (3) no puede acusarlo de adultero, como él à ella.

55 Renunciando la muger los gananciales, nada percibirá de ellos, pero tampoco pagará las deudas del matrimonio, como lo dice la ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. ibi: *Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada à pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio.* Y puede hacer la renuncia antes de casarse, estando casada, y despues de viuda. Si antes, ò al tiempo de contraer matrimonio se pacta, que todos los gananciales que durante éste se adquieran, han de ser para el marido, valdrá el pacto: y asi se le adjudicarán todos, ò à sus herederos, (4) porque este pacto no es contra ley, ni buenas costumbres, y el con-

(1) Ley fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, ley 23. tit. 11. Partid. 4. leyes 15. tit. 17. y 6. tit. 25. Partid. 7. y ley 11. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en dicha ley 50 de Toro n. fin.

(2) Leyes 5. al fin. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop.

(3) Ley 1. tit. 17. Partid. 7. Gom. en la 14. de Toro n. 14. y en la 50. n. 73. al fin, y 80. Tello Fernandez en la 6. n. 22.

(4) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las ganancias lib. 3. del Fuero Real.

contrato la hace (1) conteniendo pactos justos.

56 Si constante matrimonio renuncia los adquiridos, y que se adquiriesen en lo succesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque esta renuncia cede à favor de él, y no la está prohibida; pero debe jurar la escritura, para no poder reclamarla; (2) y asi ya los renuncie en el matrimonio, ò despues de disuelto, se acrecen al marido; y por el contrario renunciandolos éste, se acrecen à la muger, por ser ambos conjuntos à este efecto con conjuncion legal. (3)

57 Y aunque se objete, que la donacion entre marido, y muger está prohibida, para que no se despojen del mutuo amor que se deben tener, que solo con la muerte del donante se confirma; y que por lo mismo es nula la renuncia, no obsta, porque esto se entiende quando por ella se constituye mas pobre el donante en quanto disminuye su patrimonio, y el donatario mas rico, porque aumenta el suyo; pero cesando este motivo, queda firme, porque no es propiamente donacion, ni diminucion de su caudal, sino desistimiento de adquisicion, ò renunciacion del lucro que podria, y tenia esperanza de adquirir, lo qual es muy diverso. (4)

58 Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por ultima voluntad, sino por contrato, en el qual no há lugar el derecho de acrecer: porque quando la

(1) Ley 1. §. 6. ff. Depositi, vel contra, y ley Contractus 23. ff. de Regul. jur. Avendañ. respons. 20. n. 8. Boer. decis. 22. n. 28.

(2) Palac. Rub. in Rub. de Donation. inter vir. & uxor. §. 47. n. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. fol. 40. Avendañ. ibi. glos. in cap. 2. de Donat. inter vir. & uxor. Burg. de Paz quæst. 9. n. 11. Gom. y Castill. en la ley 60. de Toro.

(3) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 28. vers. Ex quo singulariter infero.

(4) Leyes 4. 5. y 6. tit. 11. Partid. 4. y ley Si sponsus, §. Si maritus, ff. de Donation. inter vir. & uxor.

la conjuncion proviene de la concesion del Principe, vale tambien, y há lugar este derecho en los contratos, como sucede en éste, en el que la adquisicion, y sociedad en quanto à los gananciales proviene de la ley, y de la liberalidad, disposicion, y concesion del Legislador que la estableció. (1)

59 Y ultimamente no obsta alegar que el dominio, y posesion de los gananciales se transfieren en la muger sin necesidad de tradiccion luego que se adquieren: porque esta translacion constante matrimonio no es mas que una ficcion. Lo qual no sucede en quanto al marido, porque es real, verdadera, y absoluta como dueño; y asi à la muger, ni à otro, aunque sea deudor, no está prohibido renunciar en perjuicio de sus acreedores, y dexar de adquirir lo que no tiene, y le puede venir, porque por esta renuncia no se constituye de peor condicion que estaba. (2) Lo propio milita en quanto al miedo reverencial, porque éste solo no es suficiente para invalidarla, pues debe ser grave que intimide al varon constante, qual se requiere por Derecho para la rescision de los actos, y contratos; (3) por lo que para extirpar todo escrupulo, conviene que la jure en la forma explicada en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. n. 116. con cuya solemnidad quedará estable.

Y

(1) Ley unica, Cod. Si liberalitatis imperialis socius sine hærede decesserit, & ibi. DD. Gom. lib. y cap. dichos n. 1. al 5

(2) Ley Qui autem, ff. de His quæ in fraudem creditor. y ley Cum oportet, §. Sin autem, Cod. de Bonis quæ liberis.

(3) Ley Metum 2. ff. Si per vim, ley Si donationis, Cod. Quod metus causa, ley 2. §. fin. ff. Ex quibus causis major. ley Si quis ab alio, y ley Vani timoris, ff de Re judicat. ley Interpositas, Cod. de Transactionib. cap. Cum dilectus, quod metus causa. Bart. Angel, y DD. en la ley 1. §. Quæ onerandæ, ff. Quarum rerum actio non detur.

60 Y si siendo viuda, y mayor de 25. años los renuncia, con superior razon valdrá, y no estará obligada à pagar deudas, como dexo sentado en el num. 55. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro examen de si la es util, ò nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor, ò curador, porque al menor está prohibido, no solo enagenar, y perder lo que tiene, sino tambien dexar de adquirir. (1) Y lo propio milita antes de casarse, ò constante matrimonio, en caso de ser menor.

61 Quando ningun pacto intervino acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del Pueblo en que se contraxo el matrimonio. (2) Lo qual se entiende, con tal que estén en el termino del mismo Pueblo los bienes que se han de partir, pues no existiendo en él, se ha de estar à la del en que se domiciliaren: de modo, que en donde se acostumbrare dividir las ganancias alli existentes, se dividirán, y en donde no hubiere costumbre, como en la Ciudad de Cordova, y en los Lugares que comprehende su Obispado no; excepto que se pacte otra cosa al tiempo de casarse, (3) porque la costumbre no estiende sus efectos fuera del territorio en que está introducida, (4) ni la causa finita, ò limitada puede producirlos infinitos, por cuya razon, asi como se limita la potencia de la causa, se deben limitar sus efec-

(1) Ley Magis puto, §. Si fundum, ff. de Rebus eorum, y leyes 60. tit. 18. Partid. 3. y 18. tit. 16. Partid. 5. Gom. en la 60. de Tor. vers. Nec etiam obstat, y lib. 2. Var. cap. 14. n. 13. 14. 15. y 27.

(2) Ley Exigere dotem, ff. de Judic. y ley 24. tit. 11. Partid. 4.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 24. glos. 2. Martenz. en la 2. tit. 9. glos. 1. n. 67. al 87. lib. 5. Recop. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 16. n. 3.

(4) Cap. fin. de Constit. in 6. y ley fin. ff. de Jurisdiction. omnium Judic.

efectos: (1) y quando la costumbre, ò estatuto tiene su tendencia à los bienes, y no à la persona, se ha de juzgar acerca de ellos con arreglo à la del territorio en que estan sitos. (2) Sobre lo qual veanse los Autores que se citan. (3)

62 Al marido está permitido enagenar constante matrimonio los gananciales que no son castrenses, ni quasi castrenses sin licencia, ni consentimiento de su muger, y valdrá su enagenacion, no probando ésta, ò sus herederos que la hizo con dolo, por damnificarla, segun con legal apoyo dexo sentado en el num. 29. y este es otro caso en que no participará de ellos. Pero probando haberlos enagenado con animo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas consistentes en numero, peso, ò medida, ò de otros muebles que no existen, deberá el marido, ò su heredero satisfacerla su parte de su propio patrimonio, ò imputarsela en la suya de gananciales. Si hecha excusion en sus bienes, no quedare la muger reintegrada por su insolvencia, podrá usar de la accion *revocatoria* contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo. Y si la enagenacion fue de especie que existe, podrá usar de la misma accion contra su poseedor, sin hacer la excusion referida. (4)

63 Donando el marido à pariente, ò à otro, ò consumiendo los gananciales en juegos, ò en otros vicios, ¿se duda si competirá à la muger repeticion contra los suyos por la mitad de la parte que donó, ò disipó? Acerca de lo qual discordan los Autores. Unos afirman, y constante-

(1) Ley Si arrogator, ff. de Adoption. ley Jurisperitos, §. Cum olim, ff. de Excusation. tutor.

(2) Ley Rescripto al fin, ff. de Muneribus honorib.

(3) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. y glos. 1. Sr. Greg. Lop. en la ley 24. cit. Palac. Rub. in Repetit. §. 62. n. 31. Gom. en la ley 50. de Toro n. 75. y otros.

(4) Gom. en la ley 50. de Toro n. 74.

temente resuelven, que cesante el dolo expuesto, puede enagenarlos, sin que la muger tenga regreso contra los suyos por su mitad: (1) Lo primero, porque la ley habla generalmente, sin distingir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion, ù otro titulo lucrativo, ù oneroso, y por hablar de qualquiera enagenacion, se comprehende en ella la donacion; (2) pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna. (3) Lo segundo, porque es posterior à las del fuero, que conceden à la muger la mitad, y correctoría de ellas; y asi con consideracion à que el marido es el que adquiere los gananciales, le confiere potestad amplia para enagenarlos por qualquier titulo sin licencia de su muger como dueño: lo que al contrario no podrá hacer, siendo agenos, v. g. de un hijo, en los quales solo tiene la libre, y general administracion, y usufructo, y no el dominio, pues por la concesion de ésta no es visto concedersele la plena potestad de disponer de ellos, como si fueran suyos. Y lo tercero, porque si por sí solo dota, ò hace donacion *propter nuptias* à un hijo de ambos, se debe pagar de los gananciales en quanto en ellos quepa, como expresamente lo ordena la ley 53. de Toro al fin, y diré en el §. 5. de este capitulo n. n. 98. y 99. De lo qual se prueba, que la muger no tiene dominio verdadero en ellos hasta que su marido muere, pues à tenerlo, respecto no estar obligada à dotar à sus hijas, (4) ni à hacer donacion *propter nuptias* à sus hijos, sino hay gananciales, no mandaria esta ley que dotan-

(1) Gom. en dicha ley n. 73. Ayor. part. 2. quæst. 41. n. 46.

(2) Ley fin. Cod. de Rebus alienis non alienand. glos. in Authent. de Non alienand. verb. Alienatione, conat. 2. n. 11.

(3) Ley De pretio, ff. de Publiciana in rem actione, ley Prospexit, ff. Qui, & à quibus manumissi liberi non sunt, y ley Prospexit, ff. de Postulando.

(4) Ley 9. tit. 11. Partid. 4.

tando el marido solo à un hijo, ò hija, lo pagase de éstos en quanto en ellos cupiese, porque para que la muger quede privada de su mitad, lo mismo es donarlos el padre en su vida à un hijo de los dos, que à extraño, ò consumirlos en otros usos: y asi es visto que habiendolos, la obliga à dotar à sus hijos, aunque no quiera, y alegan otras razones, à las quales en mi concepto nadie dá concluyente solucion.

64 Otros fundados en la mera libre administracion que conceden al marido, son de contrario sentir en el todo en quanto à hacer donacion de los gananciales, porque el donar es perder, y desfalcar el patrimonio; y en la general administracion concedida al marido por la ley inserta en el num. 29. con potestad de enagenar, no es visto estarle dada la de donar, (1) y asi no lo puede hacer el que la tiene, à menos que especialmente se le conceda. (2) Pero por lo tocante à consumirlos en juegos, ò en otros usos reprobados no, porque no lo hacen con dolo: y por evitar litigios, y discordias, no se hace merito de ello, segun costumbre. (3)

65 Y otros conciliando las opiniones, y eligiendo un medio, dicen, que siendo modica la donacion, y hecha por causa justa à consanguineos, domesticos, ò amigos, valdrá, mas no si es inmoderada, y no interviene causa legitima para hacerla, ò si es tal, que arruine el patrimo-

(1) Arg. leg. Creditor 60. §. Lucius 4. ff. Mandati.

(2) Ley 1. §. 1. ff. de Offic. Procurator. cæsar. ley 3. §. Plane, ff. Quod vi, aut clam. Bald. cons. 293. lib. 2. Roxas de Succes. abintestat. cap. 23. n. 25. Sr. Molin. de Primogen. lib. 5. cap. 10. n. 6. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. n. 1. y 2.

(3) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, vers. Quæritur circa hoc. Sr. Greg. Lop. en la ley 13. tit. 10 Partid. 5. glos. 5. Gom. en la 50. de Toro n. 66. Morquech. ibi. n. 15.

monio, ò lo desfalque considerablemente. (1) Y esta opinion, como mas racional que la negativa, es la que debe seguirse, porque no priva al marido del libre uso de lo que es suyo, en quanto à qualquiera prudente está permitido, pues aunque cada uno tiene pleno dominio en sus bienes, y como dueño puede disponer de ellos à su arbitrio, (2) conviene al estado que no abuse enormemente de este dominio, por lo que está prohibida justamente la prodigalidad, y carece de facultad para disiparlos: (3) y en este concepto se debe entender la afirmativa, dexando al prudente arbitrio del Juez (atendida la donacion, y causa para hacerla, y el caudal del donante) la regulacion de la moderacion, ò inmoderacion de ella, pues de lo modico no se debe hacer merito. (4)

66 A la muger no solo está prohibido donar sus dotales, y gananciales, constante matrimonio, sino tambien dar limosna sin expresa licencia de su marido, excepto en tres casos que trae la ley 12. tit. 23. Partid. 1. concordante con el Derecho Canonico, y son: El primero, de sus bienes parafernales, ò extradotales no entregados al marido. El segundo, de pan, vino, ù otra cosa de comer, que tenga en su dispensa, para remediar en el dia la indigencia de algun pobre; pero esto ha de ser con moderacion, y en el firme concepto de que su marido no lo llevará à mal, y no de otra suerte. Y el tercero, para socorrer la extrema necesidad de alguno, que à no remediarse-

(1) Sr. Molin. ibi. ex n. 65. Acevd. en la ley 5. tit. 9. lib. 5. n. 9. al 18. Garcia de Conjugal. acquæst. n. 184.

(2) Ley In re mandata, Cod. Mandati, ley Nemo externus 9. Cod. de Judæis, ley Nec quasi 70. ff de Reivindication. y ley Sed, & si lege 25. §. Consulait 11. ff. de Petition. hæreditat.

(3) Ley 2. ff. de His qui sunt sui, vel alieni juris, y §. ultim. instrut. eod. tit. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib 5. Rec op. glos. 1.

(4) Ley Os que 4. ff. de Edictio edict. y ley Scio 4. ff. de In integrum restitution.

sela, perecerá. En cuyo caso, aunque su marido se lo prohiba, debe darle limosna, porque mas obligada está à obedecer à Dios, que lo manda por piedad, que à su marido, que se lo prohibe por crueldad, y fuera de estos casos no se le permite. Por lo que si hiciere alguna fundacion pia, ù otra donacion de consideracion, sin que à ella concurra su marido, ò la apruebe despues expresamente, debe imputarsela en su haber, porque es visto haberlo defraudado contra su voluntad, pues de nada es dueña mientras está casada, sino de los bienes parafernales que se reserve; y asi se ha practicado, y aprobado judicialmente en cierta particion que hice, por haber fundado una Excelentisima dos memorias de Misas del dinero que su marido incauto la entregaba muy confiado, para que lo custodiase, sin que él sonase, ni hubiese intervenido à ellas: y todo se la cargó en cuenta de su haber por mi dictamen, al qual accedieron dos letrados doctos, sin embargo, de que antes de manifestarles la ley, querian se entendiesen hechas por ambos conyuges, como cosa pia.

67 No está obligada la muger por la fianza que su marido haga, como lo dice la ley 7. tit. 3. lib. 5. Recop. ibi: *Mandamos, que por fianza que el marido hiciere en qualquiera manera, ò por qualquiera razon, no sea obligada la muger, ni sus bienes.* Por lo que si fió à alguno, pagó por él, y no recuperó lo pagado, à causa de ser pobre, se le imputará en cuenta de su privativo haber, porque el fiar es enagenar, y perder, y el marido no tiene obligacion de fiar, y como si lo hace, es en fraude conocido de la muger, y ninguno de los socios puede enagenar mas que su parte, segun Derecho: (1) por eso debe

(1) Ley Nemo ex sociis 68. ff. de Rebus credit. si certum petet. Pro socio, y ley Si socius 16. ff.

be satisfacerlo de su propio caudal, y no del comun de lo multiplicado.

68 Y aunque se diga, y es constante, que las deudas que contrae uno de los socios, subsistiendo la sociedad, se deben satisfacer del caudal de ella: (1) esto se entiende quando provienen de negocio de la misma sociedad, mas no quando es por el suyo privativo: (2) y asi no debe atribuir al consocio el daño, que por su culpa se le causó. (3) De suerte, que siempre que por culpa conocida del marido experimentan notable decremento, ò desfalco los bienes de la sociedad conyugal, ò se gravan con censo, ò de otra forma, debe pagarlo de su privativo haber, y no su muger, como en quanto à los socios convencionales está dispuesto por Derecho: (4) pues el daño que un socio irroga por su culpa al otro, no se compensa con lo que por su industria lucra. (5)

69 Pero si el marido entró en algun arrendamiento, ò negocio con otro, ambos se fiaron, y creyendo utilizarse, se perdieron, y el consocio no tuvo de que satisfacer la parte en que salió alcanzado, por lo que la satisfizo por él, no se le ha de imputar en la suya este daño, y pérdida, antes bien debe ser de cuenta de la sociedad conyugal, en cuyo nombre entró en el negocio, porque fue eventual, y no tuvo culpa, ni lo hizo con intencion de

(1) Ley Omne æs alienum, ff. Pro socio, y ley 7. tit. 10. Partid. 5.

(2) Ley Sed nec æs alienum, y ley Socium qui in eo, ff. eod. tit.

(3) Regul. Damnum quod quis de Regul jur. lib. 6. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real. Palac. Rub. in repet. §. 65 n. 63. Matienz en la ley 3. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 1. y 2. Garcia de Conjugali acquæst. n. 149.

(4) Ley Incerti juris, Cod Familiæ erciscund. dicha ley Sed nec æs. y ley Cum duobus, §. Venit autem, y §. Damna, ff. Pro socio, y ley 7. tit. 10. Partid 5.

(5) Ley Non ob eam 25. y ley Et ideo 26. ff. Pro socio.

de damnificar à su muger: y asi como perdió, pudo ganar, y quien está à lo uno, debe sufrir lo otro: (1) y mayormente habiendo sido reciproca entre los dos la fianza, en cuyo caso ninguno se grava. (2)

70 Queda sentado en el num. 55. que si la muger renuncia los gananciales, no debe pagar las deudas del matrimonio: pero si los acepta, y porque advierte luego que no son suficientes à su solucion, los renuncia, ¿se duda si estará, ò no obligada à satisfacerlos? Acerca de lo qual hay dos opiniones. La una dice que sí, y se funda, en que aunque los contratos son voluntarios en el principio, se hacen luego forzosos, y la muger no se puede receder del que celebró, porque asi los herederos como los acreedores adquirieron derecho à su observancia, excepto que la muger sea menor al tiempo de la aceptacion, pues en este caso será restituida. (3) Y à esta me inclino.

71 Y la otra dice que no, porque por la mera aceptacion no es visto haberse obligado à su satisfaccion, sino en quanto alcancen, y sí unicamente prestado su consentimiento à su admision, si los hubiese; y como por la ley solo está obligada à pagarlas quando quiere percibirlos, se sigue que no percibiendolos, queda libre, à menos que al tiempo de la admision se obligue, ò despues de viuda contraiga expresamente con los acreedores. Lo qual es al contrario en el heredero del marido, pues le concede la ley el beneficio de no estar obligado *ultra vires hæredi-*

(1) Dicha ley Cum duobus, §. Si in coeunda, y §. fin.

(2) Ley De fideicommiso, Cod. de Transaction. y ley Si pater puella, Cod. de inofficios testam. Ayor. part. 1. cap 8. n. 10. y sig. Morquech. lib. 2. cap. 13. n. 12. al 14.

(3) Gutier. lib. 4. Pract. quæst. 68. Matienz. en la ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 9. Acev ibi. n. 13. Burg. de Paz Junior in Quæstion. civil. quæst. 9. n. 9.

ditarias, si hace inventario de los bienes de su causante en la forma, y terminos que prescribe, y por la aceptacion de la herencia sin este beneficio le obliga à las deudas, y legados, porque por este hecho, no ignorando el perjuicio que se le irroga, es visto admitir no solo los bienes, sino los creditos que la herencia tenga contra sí. (1) A mas de que lo penal se debe restringir, y no ampliar à lo que no suena, y ninguno se cree que quiere gravarse, ni pagar lo que no debe.

§. III.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LAS mejoras hechas por los conyuges en sus bienes libres, y vinculados.

72 HAciendo fortalezas el marido en las Ciudades, Villas, Lugares, y heredamientos de su mayorazgo, cercas en dichas Ciudades, y Villas, mejoras, y reparos en ellas, y edificios, y reparos en sus casas, son propias del mismo mayorazgo; y en todo debe succeder el llamado, sin ser obligado à dar parte alguna de su valor à la muger, hijos, herederos, ni succesores del que los hizo. Asi lo dispone la ley 46. de Toro, que es la 6. tit. 7. lib. 5. Recop. cuyo tenor es este: *Todas las fortalezas, que de aqui adelante se hicieren en las Ciudades, y Villas, y Lugares, y heredamientos de mayorazgo. y todas las cercas de las dichas Ciudades, y Villas, y Lugares de mayorazgo, asi las que de aqui adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare, ò mejorare en ellas; y an-*

(2) Ayor. part. 1. dicho cap. §. n. 17.

ansimismo los edificios, que de aqui adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando, ò reparando, ò reedificando en ellas, sean ansi de mayorazgo como lo son, ò fueren las Ciudades, y Villas, y Lugares, y heredamientos, y casas donde se labraren: y mandamos, que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos, y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado à dar parte alguna de la estimacion, ò valor de los dichos edificios à las mugeres del que los hizo, ni à sus herederos, ni succesores: : No me detengo en tratar de la materia de esta ley, por no ser de mi instituto, ni de la inspeccion del Contador, por lo que le remito à los Autores, (1) à quienes podrá ver el aplicado legista, pues discordan acerca de su inteligencia.

73 Siendo libres los bienes de marido, y muger mejorados en su matrimonio, dice *Ayor. part.* 1. *cap.* 10. que si es tierra que se plantó de viña, se dividirá, aplicando en ella à su dueño el valor que tenia antes, y partiendo el mayor, que con las mejoras tenga, entre él, y los herederos del otro, v. g. valia ciento la tierra, y con la viña vale doscientos. Llevará el dueño ciento y cincuenta, los ciento por el valor de la tierra, y los cincuenta por mitad de mejoras, como gananciales; y los herederos del otro en atencion à mejoras llevarán en la misma viña los cincuenta restantes, y se amojonará, y dividirá la viña. Que si es casa, molino, ù otro edificio, se aplicará in-

(1) Gom. en la ley 46. de Tor. Gom. Arias en la 40. n. 28. y en la 44. n. 47. vers. Adverte tamen. Sr. Molin. lib. 1. de Primogen. cap. 20. Matienz. en la 6. tit. 7. lib. 5. Recop. Burg. de Paz quæst. 7. n. 17. Perez de Majorat. part. 4. quæst. 33. n. 3. Garcia de Expens. cap. 13. n. 45. Acev. en dicha ley 6. tit. 7. Burg. de Paz Senior consil. 3. n. 199. Ayor. part. 1. cap. 10. ex n. 3. Velazquez de Avendaño en dicha ley 46. per omnes glos.

integro con el costo de lo fabricado, ò mejorado al dueño del suelo en que se hizo, el qual sino le cabe por su mitad de gananciales todo el valor expendido en las mejoras, dará à los otros interesados el exceso en dinero: previniendo, que en todo evento se ha de atender à lo que costaron, que es lo que salió del caudal comun, y no à lo que valen al tiempo de la particion, ya sea mas, ò menos. Y que la razon de diferencia en practicar asi esta division, consiste en que la viña la tiene comoda, y la casa, ò edificio no. Y en apoyo de su dictamen cita las leyes 3. y 9. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

74 Pero sino me engaño, ò se ha equivocado, ò no entiendo las referidas leyes, pues en mi concepto disponen lo mismo aunque por diverso estilo, en un caso que en otro en quanto à la propiedad del fundo, como se reconoce de su contexto, cuyo ordinal tenor es este: ley 3. *Quando el marido, è la muger ponen viña en tierra que sea de qualquier dellos, è muriere el uno dellos, cuya fuere la tierra, tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel Lugar, y el vino partalo con los fijos del muerto, ò con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos*: ley 9. *Si el marido, ò la muger facen casa en tierra, que sea del marido, ò de la muger, è muriere el uno dellos, cuya fuere la raiz, dé la meitad de la preciadura à quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, è finque cuya fuere la raiz con las cosas: è si cuya fuere la raiz muriere ante, otrosi los que hereduren su buena, den la meitad de la apreciadura, asi como dicho es: E otrosi mandamos, que esto mesmo sea de los molinos, è de los fornos.* De suerte, que segun el espiritu de estas leyes, aunque concebidas en estilo diferente, entiendo que ya sea viña, olivar, casa, horno, molino, huerta planta-

da

da de arboles, ù otras cosas hechas en el solar de uno de los conyuges, debe el dueño del suelo llevarlo todo, pagando la mitad del costo de mejoras à los herederos del otro: Lo primero, porque este carece de titulo para pretender parte del fundo; y asi se cumple con darle lo que en la mitad de mejoras se invirtió, y à no haberse invertido, existiria en dinero, ò en otra especie. Lo segundo, porque la ley 3. dice, que el dueño de la tierra tome el terrazgo, y parta el vino con los herederos del muerto: que quiere decir, que lleve la heredad, (como que es suya) y la mitad de las cepas, y satisfaga al conyuge la otra mitad de éstas: pues à no ser este su espiritu, mandaria que los dos partiesen la tierra à proporcion con las cepas, ò vino, y no que el dueño tomase el terrazgo, y partiese el vino con los herederos del muerto, y sino quiere decir esto, pregunto, ¿qué es *tomar el terrazgo*, sino llevarlo? No alcanzo que sea otra cosa; porque llevar la tierra, y dar parte de ella al otro, implica, pues ya no se verifica llevar, sino parte. Y lo tercero, porque aunque la ley mandara clara, y expresamente lo contrario, era preciso probar, que estaba en uso, y entonces solo en el Pueblo en que lo estuviese deberia observarse, porque segun la primera de Toro, no tienen vigor de tales las del fuero sino en donde, y en lo que son usadas, y guardadas; por lo que no me queda duda en que se debe practicar la division en los terminos propuestos, excepto que haya costumbre contraria, ò los interesados se convengan en lo que dice Ayora, ò no pueda hacerse de otro modo.

75 Haciendo gastos el marido en las fincas dotales no estimadas, si son *necesarios*, v. g. por amenazar ruina la casa dotal sin su culpa; y la dote consiste en especie, y cantidad juntamente, y no hay gananciales, disminuyen la dote en cantidad los gastos: quiero decir, que tanto

to menos tendrá la muger que percibir en dinero del que llevó en dote, y su marido que restituirle, quanto importen los hechos en la casa. Y si consiste solamente en especie, no la disminuyen, pero el marido puede retener por via de prenda la finca en que los hizo, hasta que se los pague, porque una vez que no hay gananciales, es visto haberlos hecho, y expendido de su capital, y debe ser reintegrado por su muger, en cuyo beneficio se invirtieron, pues à no estar casada, tendria que buscar dinero para evitar la ruina, ò pereceria la finca. Siendo utiles v. g. que en la casa se aumentó algun quarto, ò mejoró la habitacion, y hechos con consentimiento de la muger, ò siendo rica ésta, aunque no lo prestase, los puede recuperar de ella el marido, y está obligada à pagarselos. Pero si son voluntarios estos gastos, no tiene derecho à su repeticion, y sí unicamente à que la muger los quite de su alhaja, con tal que de quitarlos no se irroge detrimento à ésta, de modo que decayga del estado que tenia quando la llevó, pues si se le irroga, no está obligada à ello, por lo que los perderá el marido, y compensará con los frutos percibidos. (1)

76 Y si hay bienes para cubrir la dote, y capital del marido, y à mas de esto resultan por gananciales los gastos, ò expensas necesarias, y utiles hechas en las fincas dotales, se dividirán entre ambos, y el marido percibirá su parte en la forma expuesta en el numero precedente. Y aunque parece que éste debe compensar su importe con sus frutos, y de éstos hacerlas, no será asi, porque los frutos le están concedidos para ayuda à superar las car-

(1) Leyes del tit. 9. de Impens. in rebus dotalib. nat. y ley final tit. 11. Partid. 4. Gom. en la 50. de Toro n. 51. Garcia de Expens. cap. 13. n. 49.

cargas matrimoniales, por lo que solo está obligado à hacer de ellos los reparos menores que miran à la conservacion de la finca, mas no los mayores, que por caso fortuito acaecen, y son precisos, pues éstos como que tienen su tendencia à la perpetua utilidad de la alhaja, son de cuenta de la muger, en quien permanece el dominio de ella: y el incremento, ò decremento eventual es de su cuenta; y asi le competen además de los frutos, como lo dice la ley final tit. 11. Partid. 4. ibi: *Mejorando el marido la cosa que le dió su muger en dote, non seyendo apreciada, asi como si la reficiese, ò la acresciese, porque fuese mejor, è rendiese mas; si las despensas que en ella metiere, fueren à tales que se mejora la dote por ellas, puedelas contar, è haverlas aquellas que ficiere; además de quanto montare el esquilmo que llevó de los frutos, è de las rentas de la dote*:: Pues siempre que estos se perciben no por derecho de posesion, sino de dominio, cesa su compensacion con las expensas, y mejoras hechas en la alhaja: es asi que el marido los percibe por todos derechos, luego no debe compensarlos. (1)

77 Y para que el Contador lego principiante no titubee, ni se confunda en el modo de dividir estas mejoras, que son gananciales, le instruiré con los exemplos siguientes. Siendo *utiles*, debe agregar el importe de su valor al caudal efectivo partible, como que son incremento verdadero de él, y no considerar la finca por el mero precio en que la muger la llevó, y aplicarsela con ellas, o por el todo de su tasa, (la qual debe hacerse con distincion de lo que vale la finca sin ellas, y luego lo que ellas valen) de-

(1) Glos. verb. Superfluum al fin in leg. Emptor, ff. de Reivindicat. Sr. Greg. Lop. en la ley 41. tit. 28. Partid. 3. glos. 5. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n 4. al fin. Garcia dicho cap. 13. n fin. Gom. en la ley 46. de Toro n. 3.

dexando de entregarla otras cosas, y adjudicandolas à su marido en pago de su mitad; v. g. vale la finca 20ℐ. reales, y las mejoras utiles hechas en ella 10ℐ. por lo que se tasó en 30ℐ. y además hay de gananciales en otras cosas otros 10ℐ. que en todo componen 20ℐ. En este caso se aplica à la muger su finca en los 30ℐ. los 20ℐ. porque los valia, y los 10ℐ. por las mejoras hechas en ella, y mitad de gananciales que hay, y al marido se adjudican los bienes restantes superlucrados por la otra mitad. Y si mas gananciales hubiere, se la darán en otros bienes para complemento de su parte. Pero si no hay mas gananciales que las mejoras; que la muger pague à su marido, ò à sus herederos la mitad de éstas en dinero, buscandolo sino lo tiene, ò retengan la finca para su reintegro con sus frutos.

78 Si las mejoras son *necesarias*, se ha de distinguir: ò hay mas gananciales que lo que importan, ò no. Si los hay, para que se pueda hacer pago al marido de su mitad, se pone verbal, y numericamente su total por caudal, como si real, y efectivamente existiera, y luego se hace la misma aplicacion que quando son utiles, y al marido se adjudican los demás bienes. Sino hay mas gananciales, se aplica su mitad à la muger en el valor de la finca, y al marido la otra mitad en otra cosa dotal, v. g. importan las mejoras 10ℐ. y la alhaja dotal vale 2ℐ. se dá à la muger por 30ℐ. los 20ℐ. que valia, los 5ℐ por su mitad de gananciales, y los otros 5ℐ por la otra mitad que toca à su marido, y ella dexa de tomar en otra cosa dotal. Pero si no hay otra cosa dotal que se pueda adjudicar al marido en pago de su mitad de mejoras, entonces es menester que la muger busque dinero, para reintegrar à su marido, ò à sus herederos de su mitad: y en su defecto pueden retener éstos la misma alhaja, hasta que con sus frutos se hagan pago de lo que les toca, pues

à no haber expendido su dinero en repararla, lo tendria en especie, ò en otras cosas, y la muger experimentaria la ruina de su finca dotal.

79 Mejorando el marido los bienes dotales, y mandando en su testamento, *que sus herederos entreguen libremente à su muger los que llevó à su poder*, sin mas expresion: Si estos bienes están mejorados por aumentos hechos en ellos, ò por haberlos libérado de las cargas, à que estaban afectos: y à mas de esto, si tambien hay frutos pendientes en ellos, ¿se duda, si en virtud de esta clausula deberán entregarselos con los frutos, ò si éstos, y las mejoras, y cargas se deberán inventariar, y poner por gananciales, y dividirse? Y parece, que sin embargo de la palabra *libremente* se han de poner por gananciales, como superlucrados constante matrimonio, y dividirse entre ambos conyuges, respecto no haber hecho mencion de las mejoras, cargas, y frutos: y mas no ignorando que éstos estaban pendientes, y aquellas se habian hecho, y pagado, ò redimido: y que todo es comunicable à entrambos, pues si quisiera gratificar à su muger, lo hubiera expresado; por lo que se presume segun Derecho, (1) quiso gravar en lo menos que pudiese à sus herederos con los legados, los quales se han de interpretar estrictamente: (2) pues en lo obscuro se debe seguir lo mas benigno, y menos gravoso, porque asi como lo expreso daña, lo que no se expresa no. (3)

80 Mas no obstante, lo contrario es lo cierto: con la distincion, de que si los herederos no son forzosos, los ha de llevar integros la muger con los frutos pendientes, sin des-

(1) Ley Unum ex familia 67. §. Si rem tuam 8. ff. de Legat. 2.
(2) Ley Nummis 75. ff. de Legat. 3.
(3) Leyes Semper 9. Se pet in stipulationibus 34. In obscuris. 114. y Expresa 195. ff. de Regul. jur.

descuento de mejoras, ni cargas, porque de todo es visto haber querido hacerle donacion, y legado como pudo: y esto quiso decir el testador en la palabra *libremente*. Y si son legitimos, ò forzosos, se la descontará solamente el exceso, à lo de que pudo disponer en perjuicio de ellos, que es el quinto, ò tercio; todo lo qual se entiende deducidas previamente sus deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia. Pero si no mandó mas, que restituirle la dote que llevó à su poder, podrán sus herederos descontarla, y cobrar el importe de las mejoras hechas en sus bienes dotales, porque es visto no haber querido legarselas, ni beneficiarla con ellas. (1)

§. IV.

QUANDO POR MUERTE DE UNO DE los conyuges se quedó el otro mucho tiempo con los bienes de todos, comó se han de dividir los adquiridos durante la proindivision.

81 MUerto uno de los conyuges, si el otro permaneció mucho tiempo, y tuvo en su poder los bienes comunes, y adquirió utilidades con ellos, ò con sus frutos, parece que estas se deben comunicar, y dividir por mitad entre él, y los herederos del difunto en iguales terminos que se comunicarian, y dividirian entre los dos, si éste viviera, ò al instante que murió se hubiera

(1) Ayor. part. 2. quæst. 38. n. 37. Bayo Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 70. Bart. y otros en la ley Si quando, ff. de Legat. 1. en la Mœvio 41. ff. de Legat. 2. & ibi. glos. verb. Dotem, y en la 1. n. 9 al fin, ff. de Procurator. Cæsar.

ra hecho la particion, porque se presume renovada, y tacitamente continuada la sociedad por la proindivision, y taciturnidad. (1) Por lo que si el marido retiene por muerte de su muger todos los bienes, y con ellos adquiere ganancias, ya se buelva à casar, ò se conserve viudo, deberá comunicarlas por mitad à los hijos casados, ò emancipados, de cuyos bienes por no ser legitimo administrador, no le compete el usufructo legal; y lo mismo sucederá à su muger quedando viuda, como se prueba de la ley 6. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, que dice: *El ome que obiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, ò si la muger que obiere fijos de otro marido, casare con algun ome: è qualquier dellos ante que haya partido con sus fijos, ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier raiz: el padrastro, ò la madrastra hayan la meitad de las ganancias: fueras ende si el padre, ò la madre tuviere la buena de aquellos sus fijos en guarda, ò por escrito, asi como manda la ley.* Y la razon es, porque se finge, y contempla que el conyuge superstite durante la proindivision permanece para efecto del lucro en el mismo matrimonio: y por la paciencia, y perseverancia de los interesados, y no haberse separado los caudales, se presume renovada con las propias qualidades, y continuada entre ellos la sociedad, como si el matrimonio subsistiera, aunque nada se pactase en los contratos nupciales; (2) al modo que en el de locacion si el

(1) Palac. Rub. in Rubr. de Donation inter vir. & uxor. §. 62. n. 25. vers. Greg. Lop. en la ley 10. glos. 1. vers. Tertio limita, tit. 10. Part. 5. Segur. in leg. 1. §. fin. n. 74 ff. de Liber. & posthum. Acev. en la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 28.

(2) Palac. Rub y Sr. Greg. Lop. locis citat. Castill. en la ley 16. de Toro n. 52. vers. Et responde. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop glos. 1. n 9. Morquech. de Division. lib. 2. cap. 15. n. 1. Guerreir. de Division. lib. 6. cap. 12. n. 1.

el conductor acabado el tiempo pactado, subsiste en el predio: pues se entiende continuar en su arrendamiento por identico precio, segun Derecho. (1)

82 Sin embargo de lo dispuesto por la ley inserta, parece se debe tener lo contrario, y por consiguiente que el superstite llevará las utilidades à prorrata de su haber solamente, porque las sociedades conyugal, y convencional, aunque convienen en algunas cosas, y esta es mas privilegiada que aquella en quanto al lucro, (2) se diferencian: Lo primero, en que la convencional se contrae por el consentimiento de dos, ò mas personas con el unico fin, y objeto de lucrarse: (3) y la conyugal es principalmente por el de la procreacion, amor, y union, y no por el lucro, (4) y siempre se debe atender al fin principal con que se hace; (5) y asi esta sociedad acerca de los gananciales es incidente, y no propiamente sociedad, porque no se constituye principalmente por razon de ellos, sino del matrimonio. (6) Lo segundo, en que la sociedad convencional al modo que se forma por el mutuo consentimiento de los socios, se disuelve por su disenso, ò consentimiento contrario; (7) pero la conyugal, ò legal en

(1) Ley Quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley Legem, Cod. de Locato, ley In rebus, §. ultim. ff. de Præcar. y ley 20. tit. 8. Partid 5.

(2) Morquech. dicho cap. 15. n. 34.

(3) Ley 1. tit. 10. Partid. 5. Bald. consil. 120.

(4) Cap Omne 20. quæst. 2. glos. in cap. fin. de Condition. apposit. y ley 3. tit. 2 Partid. 4. Hostiens. in Summ de Matrimon.

(5) Ley Si quis nec causam 4. & ibi. glos. & DD. ff. de Reb. creditis. si certum petetur.

(6) Ley Ut sit 31. & ibi. glos. ff. Pro socio, arg. leg. Hæres, §. Non autem, ff. Familiæ erciscund. glos. in §. Item si inter aliquos, verb. Societate, y verb. Ejus, institut. de Obligation. quæ ex quasi contrat. nascunt. Alex. consil. 40. vol. 2. al fin.

(7) Ley Nihil tan naturale, ff. de Regul jur ley Ita quod, ff Pro socio, y ley Si major & ibi. glos. Cod. Communi dividundo.

en quanto à los gananciales se hace unicamente por costumbre aprobada por la ley, (1) y no introducida en todas partes. Y aunque la muger puede renunciar los gananciales, como dexo sentado, mas no la conyugal sociedad en quanto à la habitacion, por el vinculo indisoluble, que de la consumacion del matrimonio resulta. (2) Lo tercero, en que en la sociedad convencional se debe observar igualdad entre sus individuos: por lo que si uno pone el fondo, y otro la industria, y trabajo, debe ser este igual à aquel, y sino lo es, llevará mas lucro, ò sufrirá mayor pérdida el que mas ponga: (3) pero en la conyugal no se observa esto: y asi ya lleve uno mucho, ò nada, y trabaje, ò no, ha de participar de la mitad de utilidades, segun asimismo dexo sentado. Lo quarto, en que el capital de la muger no debe perecer, ni disminuirse, sino antes bien conservarse, lo qual es contra la naturaleza de la sociedad, pues si hay pérdida, todos deben participar de ella à proporcion del fondo, ò capital, y trabajo, ò industria que pusieron. (4) Lo quinto, en que en la sociedad convencional ninguno de los socios puede enagenar las cosas de la compañia sin consentimiento de los consocios, excepto las que son venales, ò vendibles, y están destinadas à este efecto; (5) pero en la conyugal puede el marido enagenar todos los gananciales sin licencia de su muger, cesante el dolo por defraudarla, (6) segun dexo adver-

(1) Ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. & ibi Matienz. glos. 3. y ley final, Cod. de Bonis matern. arg. leg. 3. ff. de Interdict. & relegat.

(2) Genes. cap. 2. al fin. Math. cap. 5. y 19. Apostol. ad Corinth. cap. 7.

(3) Ley 7. tit. 10. Partid. 5. ley Cum duobus, §. Damna, y ley Si non fuerint, ff Pro socio. Menoch. de Arbitr. cas. 125. lib 2.

(4) Dichas leyes Si non fuerint, y Cum duobus, y 7. tit. 10. Partid 5. Morquech. lib. 2. cap. 3. n. 6. y sig. y cap. 15. n. 12.

(5) Ley Nemo ex sociis, ff. Pro socio

(6) Ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop.

vertido en los num. 30. 62. y 65. Y lo sexto, en que en la sociedad conyugal no se comunican en estos Reynos de Castilla las herencias, legados, y donaciones, que *ex testamento*, *abintestato*, ò por contrato lucrativo recaen en cada uno de los socios; (1) lo que al contrario en la universal convencional, pues todos los bienes de éstos son mutuamente comunicables, excepto el debito, Señorío, y jurisdicion de alguno de ellos, à menos que éste lo permita expresamente: (2) y asi es mera sociedad en quanto al lucro inducida por la costumbre, y aprobada por la ley, y no propiamente la que por Derecho se requiere para que asi se pueda titular, (3) como la que se observa en Portugal, quando ningun pacto intervino entre los contrayentes, pues entonces segun costumbre aprobada por la Ordenanza, ò ley del lib. 4. tit. 46. al principio de aquel Reyno, todos los bienes de los conyuges, y de cada uno son de entrambos hasta en el matrimonio putativo: y disuelto, se les comunican con igualdad, ya uno lleve muchos, y otro pocos, ò el uno todos, y el otro ningunos; excepto que pacten algo, asi acerca de los que llevan à él, como de los que lucran, en cuyo caso se observa el pacto.

83 De todo lo explicado se colige que entre las sociedades conyugal, y convencional median muchas, y notables diferencias, y por lo mismo debe gobernar, y constituirse diverso derecho en caso de duda, ò falta de uso de la ley del fuero: (4) pues si por solo quedarse el su-

(1) Leyes 3. 4. y 5. tit. y lib. dichos.

(2) Ley 3 §. Cum specialiter, y ley Si societatem universarum, ff. Pro socio, y leyes 6. y 7. tit. 10. Partid. 5.

(3) Burg. de Paz Junior quæst. 11. n. 44. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 18. n. 7. Matienz. en la ley 2. glos. 3. n. 10 tit. 9. en la 3. glos. 1. n. 3. y en la 4 glos. 1. n. 1. dicho tit. lib. 5. Recop.

(4) Ley final, ff. de Ritu nuptiar.

superstite con todos los bienes, se juzgase renovada, y tacitamente continuada la conyugal, se seguiria que el que apenas tenia capital, ni gananciales, llevaba la mitad de frutos de los bienes que por uno, y otro respeto tocasen al consocio, ò à sus herederos; ò que si tenian igual haber, se comunicaba su industria al que ninguna ponia, lo qual es absurdo, y contra la naturaleza de la sociedad; pues para que ésta se entienda tacitamente renovada, deben intervenir los mismos modos, y qualidades que en la primera. (1)

84 Se seguiria tambien, que con solo el consentimiento del superstite se renovaba: y esto es contra Derecho, segun el qual en todo contrato se requiere el de todos los contrayentes, pues no basta el de uno de ellos: (2) por lo que la sociedad se contrae con el de todos los socios; (3) ni de la mera comunion en habitacion, comida, y posesion de bienes se induce precisamente haberla, para que sean comunicables en los mismos terminos que si el difunto viviera, los que se lucran: (4) y una vez que la conyugal fue inducida por causa del matrimonio, cesando éste, debe cesar tambien aquella, y no estenderse à otras especies en ella no contenidas, (5) porque siendo

(1) Ley Item quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati, ley In iis, §. Uxori, ff. Solut. matrimon. y ley 20. tit. 8. Partid. 5. Bursat. consil. 321. n.60. vol.3. Mascard. de Probat. conclus. 13. n.11. y 18.

(2) Ley Obligationum substantia, ff. de Obligation. & action. ley 1. ff. de Pact. ley Non omnis, y ley Si ego, ff. de Reb. credit. si certum petet. y leyes 2. y 3. Cod. de Contrahend. emption.

(3) Leyes 1. 4. y 31. ff. Pro socio, y ley 1. tit. 10. Partid. 5.

(4) Ley Si unus ex sociis, §. Prima, ff. Pro socio, ley Cum proponas, Cod. eod. tit. ley penult. Cod. Si quis alteri, vel sibi, ley Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. y ley Si ex ea pecunia, Cod. de Rei vindication.

(5) Ley Adigere, §. Quamvis, ff. de Jure Patronat. ley Præcipimus al fin, Cod. de Appellation. y cap. Cum cessante de Appellation.

do contraida por tiempo, se debe acabar luego que éste espira, (1) por entenderse prohibido, y no producir despues efecto alguno. (2)

85 A mas de que para renovarse, y contraerse sociedad tacita entre los hermanos, ò entre el nieto, y su tio hermano de su padre, se requieren actos, que fuera del Derecho, leyes, y reglas de ella no se pueden hacer, que los principales son tres: El primero, que vivan juntos continua, y diuturnamente, ò por largo tiempo, y gasten de una misma masa, y caudal, que esté proindiviso, sin llevar cuenta, ni razon. El segundo, que todas las ganancias, ò utilidades que resulten, y de qualquiera parte que provengan, se les comuniquen con igualdad. Y el tercero, que jamás se pidan, ni dén cuentas los socios unos à otros à cerca de ellas, sus cosas, ni bienes, sino que todo se aumente, gaste, y emplee, como si fuera de uno solo. Y faltando alguno de estos tres requisitos, no se juzga contraida, ni tacitamente renovada la sociedad: y la razon es, porque estos actos no pueden ser hechos fuera de las leyes, y nombre de ella, como dicen los Autores. (3) Y lo mismo se debe entender entre el padre, madre, y sus hijos por la propia razon, por lo que se requieren actos promiscuos: y el marido, ò la muger, quan-

(1) Ley Actione, §. Qui societate, ff. Pro socio. Paul. in leg. 1. §. Non autem, ff. de Institor. action.

(2) Bald. consil. 323. lib. 1. Anchar. consil. 118. col. 2. Decio consil. 61. n. 14.

(3) Ley Pro hærede, §. Papinianus, ff. de Acquirend. hæredit. Bart. in leg. Titium, & Mœvium, §. Altero, ff. de Administr. tutor. Bald. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. Anchar. consil. 303. Angel. consil. 112. Butr. consil. 81. Roman. consil. 291. Tiber. Decian. consil. 36. n. 35. vol. 1. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 3. n. 123. Morquech. lib. 2. cap. 2. n. 37. hasta el fin. Matienz. en la ley 2. glos. 1. n. 26. tit. 9. lib. 5. Recop.

quando muerto el uno administra los bienes de los dos, es visto hacerlo mas por sí, y en su nombre, que en el ageno. (1)

86 Supuesto como legal, è indubitado lo referido, procediendo à la juiciosa, y genuina resolucion de este punto, digo, que muerto el marido, se entenderá renovada, y tacitamente continuada la sociedad conyugal, y por consiguiente se dividirán los gananciales adquiridos durante la proindivision entre su viuda, y herederos legitimos, al modo que quando él vivia: ò muerta la muger, entre los hijos casados, ò emancipados, y su padre, en quatro casos: El primero, si se convienen en hacer asi la division, ò se pactó en los contratos nupciales. El segundo, en los Pueblos en que haya esta costumbre sin interrupcion, ò esté en uso inconcuso la ley del fuero, que asi lo dispone, y en que se fundan los Autores: lo qual se probará por otras particiones que en ellos se hayan hecho; pero no probandose concluyentemente, no, porque las leyes del fuero deben estimarse por tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la primera de Toro. (2)

87 El tercero, quando todos los bienes que dexó el difunto, son adquiridos por él, y por su viuda, constante su matrimonio; pues como su mitad la toca, debe percibir igualmente las utilidades que mientras estén proindiviso, resulten, y estar tambien à las pérdidas que haya, porque puso igual fondo, y en el instante que fallece su marido adquiere en la mitad de ellos el dominio perfecto, el qual la presta titulo, y derecho no solo para que se la apli-

(1) Ley Et magis, ff. de Solution. lib. ley Si stipulatus fuero, §. Chrysogonus, & ibi. Bart. ff. de Verbor. obligation. ley Papinianus, & ibi. glos. & Alberic. ff. Mandati, y dicha ley Pro hærede.

(2) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. lib. 5. y glos. 1. n. 16.

apliquen muebles, raices, y otros redituables, sino tambien para la adquisicion de la mitad de sus frutos, como producidos por igual capital, al modo que à los herederos de su marido para la otra mitad; bien que lo que cada uno haya consumido en sus alimentos se le deberá descontar de su haber, pues debe alimentarse de lo suyo.

88 Lo mismo digo aun quando no sean todos gananciales, si hay algunos fructiferos, ò redituables superlucrados en el matrimonio, pues la mitad de los frutos que estos produzcan en el expresado intermedio, será para la muger por la propia razon, ò para sus herederos, ya sean legitimos, ò extraños, si premurió à su marido, y todos subsistieron en poder de éste proindiviso, aunque se hiciese inventario, y se le constituyese depositario de ellos, porque este deposito lleva embebida la tacita calidad de administracion, y los bienes redituables no necesitan custodiarse, pues nadie los ha de llevar, y sí administrarse, y cuidarse; por lo que no puede el marido quedarse con los frutos liquidos que toquen à los herederos de su muger; bien que será digno de alguna remuneracion por el trabajo de administrarlos. Pero de los privativos del marido nada percibirán los herederos, porque ningun dominio tienen en ellos, que es el que presta titulo para la adquisicion de frutos, y asi todos le tocan como unico dueño.

89 Y el quarto, quando concurren los tres requisitos expresados en el num. 85. à saber: que toda la hacienda esté proindiviso, y vivan juntos continua, y diaturnamente de una misma masa, ò caudal, sin llevar cuenta, ni razon. Que todas las utilidades que resulten, se comuniquen indistintamente con igualdad, ya provengan de los bienes de la herencia, ò de otra parte, de modo que entren en el fondo, y globo comun. Y que jamás se pi-

dan, tomen, ni dén cuentas los socios unos à otros acerca de ellas, sino que todo se adquiera, aumente, gaste, y emplee como si fuera de uno solo, segun se practicaba quando vivia el marido. Y concurriendo estos requisitos, gozará la viuda de la mitad de gananciales, del mismo modo que si su marido viviera, porque estos actos no se pueden hacer fuera de los límites, y reglas de la sociedad, y con ellos se conceptuará renovada, y tacitamente continuada la conyugal, (1) al modo que la convencional.

90 Milita, y procede lo expuesto en el numero inmediato, y à los herederos del marido difunto mayores de veinte y cinco años sean hijos, y descendientes de ambos, ò extraños, porque sin embargo de que con estos no tiene conjuncion de sangre, como los actos expresados no se pueden hacer fuera del nombre de sociedad, y asimismo se ignora lo que à cada uno toca, se entiende continuar, y subsistir ésta como antes, y asi se debe observar lo propio con unos que con otros. (2)

91 Pero sino se probare la costumbre, y uso de la ley del fuero, ni todos los bienes fueren gananciales, y faltare el unanime convenio de los partícipes, ò alguno de los mencionados requisitos, concibo que no se debe entender que hay sociedad, ni por consiguiente haber comunicacion de gananciales por mitad, sino à prorrata: ò que la viuda solo tendrá derecho à ser alimentada en los casos, forma, y terminos que explicaré en el cap. 6. de este libro, §. 2. sin que obste alegar que se contempla permanecer en su anterior matrimonio, pues esto será verda-

(1) Bart. in dict. leg. Titium, y §. Altero. Bald. in dict. leg. Si pupillus. Matienz. en dicho n. 26. Guerreir. de Divis. lib. 6. cap. 10. n. 37. y 44. al 48. y otros muchos que cita.

(2) Alciat. regul. 1. præsumpt. 25. n. 2. Matienz. ibi, n. 27. y 28.

dadero en quanto à lo que mire à su utilidad, no à su daño: (1) y la sociedad ha de ser para ambas cosas, y no para una sola, de modo que cada uno de los socios esté al daño igualmente que al provecho, porque de lo contrario será leonina. (2) A mas de que si à la viuda se irroga detrimento de continuar en ella, no se la podrá obligar à resarcirla, ni sufrirlo, excepto que preste nuevo consentimiento, porque en lo concerniente à él no se finge existir en su precedente matrimonio; y asi no debe conceptuarse que la hay, para que no dependa de su arbitrio subsistir en ella en quanto al lucro, y no à la pérdida, porque esto es contra su naturaleza, como queda sentado. (3) Este es mi sentir, por los fundamentos expuestos, salvo siempre el de los doctos, à que me sujeto. Previniendo, que en quanto à los frutos, que durante la proindivision producen los bienes adventicios de los hijos existentes en la patria potestad, ya sean mayores, ò menores, es indubitable que tocan integramente al padre por derecho, y asi no hay que hacer division de ellos, porque este siendo legitimo administrador de los bienes de sus hijos, no contrae sociedad con ellos, como advierte el Señor *Castillo de Usufruct. cap.* 3. *ex n.* 118. hasta el fin, con otros que cita.

92 Por muerte del marido cesa la sociedad de todos sus bienes, ò de cierta negociacion, conduccion, o arrendamiento que con alguno tenia contraido; y si la muger era partícipe en ella, se dividirá entre los dos la porcion

(1) Felin. in cap. Ex parte col. 1. limit. 3. de Foro competent. Pinel. in leg. ultim. Cod. de Bonis maternis.

(2) Ley Si non fuerint, §. fin. y ley Mucius, ff. Pro socio, y §. 1. al fin Institut. eod. tit. y ley 4. tit. 10. Partid. 5.

(3) Matienz. ibi. n. 16. vers. Nec me movet hasta el fin.

cion que al marido tocaba, al modo que en la convencional quando uno de los socios admite en ella à otro sin consentimiento de los consocios, pues este no lo es sino solamente del que lo admitió; (1) y la razon es: Lo primero, porque la sociedad se contrae con el consentimiento; (2) y como no puede ser mi socio el que no quise que lo fuese, (3) tampoco se puede titular asi él compañero del mio. (4) Lo segundo, porque la sociedad de muchos se disuelve con la muerte del uno, y el heredero del socio no succede en ella, excepto que sea en arrendamiento de alcabalas, y derechos públicos, si asi se pactó. (5) Y lo tercero, porque no puede contraerse sociedad de modo que pase à los herederos: (6) y si se contrae, no valdrá en quanto à estos, à menos que la reiteren con su nuevo consentimiento expreso, ò tacito; (7) ò que (segun queda expuesto) sea sociedad de alcavalas, ù otras rentas, ò derechos públicos, pues esta no espira con la muerte del socio, si al tiempo de contraerla se hizo mencion del heredero, antes bien pasa à éste, excepto que fallezca el socio, cuya industria fue electa, y su heredero no sea igualmente idoneo para su govierno, y manejo, pues si el heredero no es idoneo, ni se ha pactado que ha de pasar à él el arrendamiento, ni este es de rentas, ù otros de-

(1) Ley Et quidquid, ff. Pro socio. Bald. in leg. Qui admittitur, ff. Pro socio. Wald. de Duob. fratrib. part. 11. princip. n. 1.

(2) Ley Ut sit pro socio actio, ff. Pro socio.

(3) Ley Qui admittitur cit. & ibi. Bald.

(4) Ley Nam socii, ff. Pro socio. Corn. consil. 317. n. 2.

(5) §. Solvitur institut. de Societat. ley Actio, §. Morte, ff. Pro socio, y leyes 1. y 10. tit. 10. Partid. 5.

(6) Ley Nemo potest, y ley Adeo morte, ff. Pro socio, y leyes 1. y ultim. tit. 10. Partid. 5.

(7) Ley Plane si hi, ff. Pro socio.

derechos públicos, no pasará (1) por ser precisos estos tres requisitos para que pase.

93 Si entre el socio, y herederos del marido difunto, y su viuda se renovó tacita, ò expresamente la sociedad, se debe comunicar entre todos lo que con el nuevo consentimiento hicieron, ya sea util, ò nocivo. (2) Y aunque no se haya contraido nueva sociedad, ni intervenido consentimiento, se les ha de comunicar despues de la muerte del socio el lucro percibido de la cosa de la anterior, v. g. el fruto del fundo comun, el alquiler de las cavallerias comunes, el precio de las cosas vendidas, &c. (3)

94 Pero si el lucro se adquirió de cosa que no era de la sociedad, v. g. si el socio, ò su heredero invirtió el precio de las vendidas en alguna negociacion, de la qual percibió algun lucro, no se comunicará este. (4) Previniendo, que el heredero del socio del difunto está obligado à continuar los negocios de la sociedad inchoada por éste, mas no à principiar otros nuevos, sino quiere. (5)

95 Quando ninguna sociedad tenia contraida el marido difunto con otro, pero era conductor de alcavalas, ù otras rentas, ò derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar à

(1) Dicha ley Adeo morte, & ibi. glos. y ley Verum, §. In hæredem, ff. eod. tit. Ruin. consil. 91. n. 7. y consil. 92. n. 8. lib. 1. Corn. consil. 121. n. 7. y consil. 122. n.2. lib.1. glos. in leg. Nulla societas, ff. Pro socio. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. n.18 Guerreir. de Divison. dicho lib. 6. cap. 9. n. 34. al 40.

(2) Dicha ley Hanc si hi.

(3) Ley Actibne, §. Si in rem certam, y §. Morte, ff. Pro socio.

(4) Ley Titium, & Mœvium, §. Altero cit. ley Socium, qui in eo, § Item post mortem, ff. Pro socio. Alex. consil. 132. lib. 5. Corn. consil. 122. n.3. lib.1. Ruin. consil. 90. n. 11 al fin lib. 1.

(5) Ley Hæres socii, y dicha ley Actione, y §. Si in rem certam, ff. Pro socio, y ley Nam, & servius 21. §. Si vivo titio, ff. de Negot. gest. Matienz. ibi. n. 20.

à su viuda las utilidades, y pérdidas que en su arrendamiento haya despues que falleció. (1)

96 Siendo Mercader el marido, si prosigue su viuda el mismo negocio, ò comercio, se presume que su animo mas es de continuar la sociedad, que de exercer nueva negociacion: por lo que las utilidades, y pérdidas que de su giro, y trafico resulten se la comunicarán, al modo que se la comunicarian en vida de su difunto marido. (2)

97 Pero no siendo Mercader, ni teniendo giro, ni negocio alguno su viuda, y herederos, aunque posean proindiviso su herencia, no se conceptúa por este solo acto haberse contraido sociedad entre ellos, à menos que expresamente lo pacten: al modo que entre los hermanos tampoco, segun dexo sentado. (3) Y sin embargo de que estos comuniquen entre sí todos los frutos, y reditos de las heredades paternas, no se entiende contraida entre ellos sociedad universal, ni aun de aquellos bienes, cuyos frutos se comunican. (4) Otras muchas especies traen *Matienzo en la ley* 2. *glos.* 1. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* y *Guerreir. de Division. lib.* 6. *cap.* 9. 10. *y* 11. à quienes, y à los que citan, podrá ver el aplicado, pues para tinturar al Contador principiante basta lo expuesto.

98 Habiendo fallecido la madre, y dexado mejorado

(1) Matienz. ibi. n. 21.

(2) Arg. leg. Hæres socii, y glos. in leg. Nemo, ff. Pro socio. Decio consil. 225. Paris consil. 84. n. 5. lib. 1.

(3) Ley Ex parte, §. Filius, ff. Familiæ erciscund. Bart. in dicto §. Altero n. 5. vers. Ex prædictis tamen, & in leg. Cum duobus, §. Papinianus, ff. Pro socio. Fulgos. y Paul. de Castr. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic.

(4) Salicet. in dict. leg. Si patruus n. 14. y 15. Socin. consil. 192. vers. Fateor enim, part. 2. Alex. consil. 24. al fin. lib. 1. y consil. 48. n. 6. lib. 2. Jason in leg. 1. vers. Secundus casus, Cod. Qui testamenta facere pos.

do à uno de sus hijos, si despues de muerta poseyó el padre como su legitimo administrador todos los bienes en comun, y con el transcurso del tiempo se aumentaron naturalmente, ¿se duda si este mayor valor aumentará, ò no la mejora, v. g. en ovejas, ò bacas, que procrearon hijos, ò por avenidas, ò crecientes de rios, que agregaron algun pedazo de tierra à la de la mejora, &c.? Y aunque algunos dicen que no, fundandose en que son frutos, los quales tocan al padre; lo contrario es lo cierto, y lo que se debe seguir, porque no son frutos los que no renacen. (1) Y sin embargo de que la ley 23. de Toro manda se atienda, y tenga consideracion al tiempo de la muerte del mejorante; esto se entiende quando entonces se hace la division de sus bienes, mas no quando subsisten proindiviso; por lo que solo los frutos del aumento tocan al padre, (2) y no lo aumentado.

SI

(1) Ley Inficiandi, §. Si infans, Cod. de Furt. ley Divortio, §. Si vir in fundum, ff. Solut. matrimon. Baez. de Decim. tutor, cap. 24. n. 6. y cap. 25. n. 17.

(2) Acev. en la ley 3. n. 24. al 30. tit. 6. lib. 5. Recop. Morquech. dicho lib. 2. cap. 15. n. fin.

§. V.

SI DE LOS BIENES GANANCIALES, ò de los patrimoniales se han de pagar à los hijos la dote, y donacion propter nuptias, *que sus padres, ò el padre solo les dán, ù ofrecen constante matrimonio, ò durante la proindivision: y si por muerte de uno de estos deberán colacionar aquellos el todo percibido, ò solamente su mitad, quando se haga la division.*

99 COmo segun Derecho (1) especulian, y privativa del padre la obligacion de dotar à sus hijas, ¿se duda si habiendo gananciales comprenderá tambien à la madre? Y satisfaciendo legalmente à esta duda, digo, que de los bienes multiplicados constante matrimonio deben marido, y muger pagar à la hija de entrambos la dote, y al hijo la donacion *propter nuptias*, que juntos les ofrecieron; y aunque quando se entregó la dote no se especificase de qué bienes se habia satisfecho, se entiende de los gananciales; y si estos no alcanzaren, deben padre, y madre satisfacer por mitad de los suyos propios lo que falte para completar la promesa que les hicieron; y lo mismo procede en caso de no haber gananciales. Lo qual se prueba de la ley 53. de Toro, que es la 8. tit. 9. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren algun hijo comun,*

(1) Leyes 8. y 9. tit. 11. Partid. 4. ley ultim. Cod. de Dotis promis. y ley Qui liberos, ff. de Ritu nuptiar.

mun, y ambos le prometieren la dote, ò donacion propter nuptias; *que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio. Sino los hubiere que basten à la paga de la dicha dote, y donacion* propter nuptias, *que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en qualquier manera.*

100 Y si el padre solo dotare à la hija, ò hiciere donacion *propter nuptias* al hijo de ambos, constante su matrimonio, se les deberá satisfacer tambien de los gananciales, sin embargo de que la madre no concurra, ni preste su consentimiento, porque por la ley está autorizado para ello, y asi puede practicarlo por sí solo, siendo los hijos de entrambos, segun lo dice la misma ley en su segunda parte, ibi: *Pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ò hace donacion* propter nuptias *à algun hijo comun, y de tal matrimonio hubiere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que las ganancias cupiere*::: Lo qual entiendo, aun quando en ello se consuman todos los gananciales, sin que la madre tenga accion para reclamarlo, ni impedirlo: Lo primero, porque la obligacion de dotar de ellos à los hijos es carga del matrimonio, y sociedad conyugal, y como tal comun igualmente al padre, y à la madre. Y lo segundo, porque esta no adquiere dominio irrevocable en ellos hasta que aquel muere, segun he sentado en el num. 28. y asi esta ley la buelve en el presente caso al estado en que las mugeres casadas no los adquirian, y limíta la costumbre aprobada que se los concede. Pero sino bastaren, ò no los hubiere pagará en este caso el padre de los suyos propios lo que falte, ò el todo de lo que prometió, y la madre à nada estará obligada, como prosiguiendo lo dice la misma ley, ibi: *Y sino las hubiere, que la tal dote, ò donacion* propter nuptias *se pague de los bienes del marido, y no de la muger.*

ger. Y lo mismo digo, si el padre al tiempo de dar, ù ofrecer la dote, ò donacion, expresa que es por cuenta de la legitima paterna, y no de la materna: porque entonces es visto haber dado, y ofrecido unicamente de lo suyo, ya sea, ò no superlucrado, y querido relevar à la madre de la contribucion con su mitad: y asi se le cargará su total, y no à ésta, excepto que todo el caudal paterno no alcance para cumplir la oferta, pues deberá suplir la madre lo que falte de su mitad de gananciales, y no de los patrimoniales, porque la obliga la ley; lo que tendrá presente el Contador.

101 Milita, y procede lo explicado en los numeros inmediatos, no solo quando los padres dotan, ò hacen donacion *propter nuptias* à sus hijos de los mismos bienes superlucrados, entregandoselos, sino aunque les entreguen alguna finca, ò fincas, que uno de ellos llevó à su matrimonio, ò durante éste heredó; pues en ambos casos es visto que la dote, y donacion en quanto à su importe fueron hechas de los gananciales, no obstante que su asignacion, y tradicion fuesen de cosa propia de alguno de los dos: porque la ley inserta habla indistintamente, y asi se debe entender, habiendo gananciales, y no limitarse à la materialidad de la cosa entregada; por lo que el dueño de ésta sacará su importe, como capital suyo antes que se dividan aquellos; (1) excepto que al tiempo de su entrega renuncie (como puede) el beneficio de la ley, y exprese que quiere no se estime por parte de gananciales, sino como cosa propia suya, de que hace irrevocable donacion al donatario, ò dotada, pues entonces se observará el pacto, y todo lo entregado será por cuenta de lo suyo, y no de la mitad de gananciales de la madre, y asi se practica. ¿Se

(1) Ayor. part. 2. quæst. 40. n. 42. y 43. de Partition.

102 ¿Se duda si la madre puede prometer dote à su hija sin licencia de su marido, y atendida su promesa pagarse de los gananciales? Y aunque algunos afirman que sí, la mas segura opinion es, que no, y que si lo hace no vale, porque la ley 55. de Toro, que es la 2. tit. 3. lib. 5. Recop. la prohibe hacer contratos, y casi contratos, y comparecer en juicio sin ella, por los motivos expuestos en el cap. 1. de mi primera parte num. 74. pues de hacerlo, à mas de privarle de sus frutos, que le están concedidos para superar las cargas matrimoniales, daba lo que no era suyo, porque la dote una vez entregada al marido es de éste, como que debe responder de su importe, y no de ella, (1) y nadie puede dar, ni disponer de lo ageno. (2) Y lo mismo sucede con los gananciales mientras su marido vive.

103 Pero si la hija es mayor de veinte y cinco años, y el padre no quiere casarla, ò aunque no los tenga, si pudiendo, y habiendo tenido proporcion, no la casó segun su esfera, y costumbre de la patria; entonces, asi como en cumpliendolos puede casarse contra la voluntad de su padre, y pedirle dote, (3) porque por Derecho está obligado à darsela, y no la madre: (4) asi tambien ésta con licencia del Juez, y conocimiento de causa podrá dotarla. Y lo mismo procederá estando ausente el padre, y no esperandose su pronto regreso. (5)

Si

(1) Ley Doce ancillam, Cod. de Rei vindication. y ley Dotale, & ibi. glos. Bald. & alii DD. ff. de Fundo dotal. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 55. al 67.

(2) El tit. Cod. de Rebus alienis non alienand.

(3) Ley Si filiam, y Authent. Sed si, Cod. de Inoffic. testament. & ibi. DD. Sr. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 7. Partid. 6. glos. 5. y 8.

(4) Ley final, Cod. de Dotis promission. ley Qui liberos cit. y y leyes 8. y 9. tit. 11. Partid. 4.

(5) Morquech. de Divis. honor. lib. 2. cap. 17. n. 3. al 7.

104 Si despues de haber prometido cierta dote à su hija el marido, y la muger juntos renunciare ésta los gananciales, se ha de pagar de ellos: y no bastando para completarla, suplirse igualmente lo que falte de los bienes propios de ambos, no obstante la renuncia, porque por la promesa hecha antes de esta quedó obligada eficazmente la madre en los mismos terminos que su marido à la entrega de su parte, (1) pues à ello la obliga la ley 53. de Toro, que es correctoria del derecho antiguo.

105 Habitando marido, y muger en Pueblo en que no se comunican los gananciales, puede ésta repetir de aquel lo que prometió juntamente con él à la hija de ambos, aunque no lo haya protestado: porque en este caso es visto haber hecho la promesa, no con animo de donar, sino de fiar à su marido, lo qual la está prohibido. (2) Pero esto se entiende excepto que sea rica, y la conste que su marido se halla imposibilitado de satisfacer todo lo que ofreció, pues entonces se conceptúa haberse obligado à suplir de sus propios bienes lo que no alcanzasen los de su marido. (3)

106 Se ha de satisfacer tambien de los gananciales la dote que el padre estando viudo ofreció à su hija, y la donacion *propter nuptias* hecha al hijo, porque en duda se presume haberlas hecho, y prometido de ellos. Y aunque acerca de esto hay variedad de opiniones, es esta la mas equitativa, y corriente en la práctica, porque la

(1) Acev. en la ley 8. n. 15. tit. 9. lib. 5. Recop. Morquech. ibi. n. 8.

(2) Leyes Si vir uxori, §. fin. ff. ad Senatus consult. Velleyan y 61. de Toro. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 41. y 42. Bald. consil. 184. lib. 4. Socin. consil. 5. n 14. lib. 4. Morquech. ibi. n. 10. y 11.

(3) Bald. Novel. de Dot. privileg. 3. al fin. Baez dicho n. 41. al fin. Morquech. dicho n. 11.

la carga de dotar como debito causado, y contraido constante matrimonio, sigue los gananciales en él adquiridos; por lo que aunque esté disuelto, se debe pagar de ellos. (1) Y lo mismo procede con la madre viuda dotante en quanto à ellos, existiendo los bienes proindiviso, porque milita igual razon, y asi debe obrar la propia disposicion legal. (2)

107 Los hijos, è hijas, à quienes sus padres juntos dotaron, ò hicieron donacion *propter nuptias*, no deben por muerte del uno colacionar con sus hermanos mas que la mitad de la dote que les dieron, y donacion que les hicieron: y quando fallezca el otro, y se trate de partir sus bienes, la otra mitad, con la qual se quedarán hasta entonces, como lo ordena la ley 14 tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso, y dice: *Toda cosa que el padre, ò la madre dieren à alguno de sus fijos en casamiento, sea tenudo el fijo de lo aducir à particion con los otros hermanos despues de la muerte del padre, ò de la madre, que ge lo dió; è si ambos ge lo dieron de consuno, y el uno dellos muriere, el fijo sea tenido de tornar à particion la mitad de lo que le dieron en casamiento. E si amos muriesen, todo lo torne, quanto le dieron à particion con los herederos*, pues es visto anticiparsela para quando llegue el caso.

108 Lo mismo procede, si habiendo gananciales, y es-

(1) Castill. en la ley 53. de Toro n. 2. y 43 Ayor. part. 2. quæst. 40. Sr. Greg. Lop. en la ley 6. tit 10. Partid. 5 glos. 1. Matiez. en la 3. tit. 9. lib. 5. glos. 7. n. 9. y en la 5. glos. fin. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 3. al fin. Acev. en la ley 8. n. 18. y 19. tit. 9. lib. 5. Baez. loi. n. 97. al 125.

(2) Ley Atitio, ff de Verb. obligation. y ley Illud, ff ad Leg. Aquil. Mosqueer. lib. n. 13.

estando los bienes sin partir, dá, ù ofrece la madre viuda dote à una hija, ò hace donacion *propter nuptias* à un hijo de su matrimonio, sin expresar de qué bienes, pues se entiende de los de ambos; por lo que quando se haga la particion colacionará la mitad por la parte que le corresponda de su padre, y la otra mitad quando se divida la herencia de su madre. Lo uno, porque la carga de dotar de los gananciales à los hijos es reciproca, y comun à padre, y madre indistintamente habiendolos, y los sigue: y mientras la herencia existe proindiviso se entiende durar la sociedad conyugal, y es lo mismo que si el padre viviera. Lo otro, porque de la parte que por su padre la toca no necesita que su madre la dé, ni ofrezca dote. Y lo otro, porque por el hecho de no haber expresado cosa alguna, ni necesitar la hija se la ofrezca lo que es suyo, y no ignorar su madre la obligacion que tiene, habiendo gananciales, es visto que quiso se la contase solamente la mitad en parte de su legitima paterna, y anticiparle la otra mitad, para que la tuviese en cuenta de la materna, y la colacionase quando se dividiesen sus bienes, lo qual he visto declarado en juicio.

109 Pero si el padre solo dió, ò prometió dote à su hija, ò hizo donacion *propter nuptias* à su hijo, habiendo gananciales, y caviendo en ellos, (en cuyo caso es visto haberlas hecho, y prometido de su importe) se pregunta, ¿si muerto el padre, deberán el hijo, ò hija colacionar la dote, ò donacion integras en cuenta de la legitima paterna, ò no mas que su mitad correspondiente à la de sus gananciales? Y se responde, que deberá colacionar solamente la mitad que toca al padre, y la otra mitad quando se trate de la succesion, y division de los bienes maternos, para cuyo tiempo la tendrán anticipada.

da. (1) Lo qual tendrá presente el Contador, pues el padre está autorizado por la ley 53. de Toro para dar, y ofrecer la dote, y donacion *propter nuptias* à sus hijos de los gananciales, como he sentado; y aunque ningunos queden à la madre, no puede reclamar en esta parte lo hecho por él, porque es mutua, y comun à entrambos esta obligacion: y como la madre no adquiere dominio pleno en ellos hasta que el matrimonio se disuelve, es lo mismo que si concurriera con él à la dacion, ò promesa, ò no existiera; excepto que diga que lo hace por cuenta de su haber, y no del materno, como dexo expuesto al fin del num. 99.

110 Lo explicado en el numero inmediato parece debe entenderse solamente quando el padre dexa dos, ò mas hijos, para que los que recibieron algo de él en dote, ò donacion *propter nuptias* de los gananciales, lo colacionen por mitad con sus hermanos, que nada tomaron. Pero se dificulta ¿si procederá lo mismo quando no hay mas que un hijo, ò hija, que viene à partir con su madre, y el padre solo le dió dote, ò hizo donacion *propter nuptias* de los gananciales: ò si se quedará con todo lo recibido, y luego si hay mas bienes multiplicados, los partirán igualmente él, y su madre, y los restantes segun corresponda, pues parece que en practicarse esto ultimo se constituye de mejor condicion que su madre, y esta sale perjudicada en su mitad? A cuya dificultad (que nuestros expositores dexaron en silencio, tal vez por no haberlo sido para ellos, ò por no haberles ocurrido) satisfago diciendo, que no procederá lo mismo, ni por consiguien-

(1) Palac. Rub. in Repet. col. 4. fol. 28. vers. Et secundum prædicta. Gom. en la ley 53. de Toro n. 24. vers. Pulchrum tamen dubium est. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 36.

guiente colacionará la mitad, sino que antes bien se quedará con todo lo que su padre le entregó, y luego partirá igualmente con su madre los demás gananciales que haya, y percibirá integramente tambien el capital de su padre, si lo llevó. Lo primero, porque este está autorizado por la ley 53. de Toro para dotar por sí solo à las hijas, y hacer donacion *propter nuptias* à los hijos de ambos de los gananciales, ya tenga muchos, ò uno solo, pues la ley habla indistintamente, y asi no debemos distinguir, y en usar de la potestad que la ley le confiere, no grava, ni injuria à la madre. Lo segundo, porque esta tiene igual obligacion que el padre, habiendo gananciales; y como legitimo administrador de ellos, y de los demás bienes de la sociedad, evacua por sí solo la que la ley impone à entrambos. Lo tercero, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, ni se puede afirmar que los hay, ni quántos, hasta que el matrimonio se disuelve, y se liquídan: y como quando va à adquirirlo, ya se hallan enagenados por contrato irrevocable, y oneroso à un tercero, que lo tiene adquirido en ellos; por eso está destituida de toda accion para reclamarlo, è intentar su revocacion, pues nada de lo suyo les dá el padre, y asi no se constituyen de mejor condicion que su madre, antes bien es lo mismo que si su padre se lo hubiera dado todo de su capital, porque en los gananciales tiene el propio dominio que en este, durante el matrimonio, y los puede enagenar. Y lo quarto, porque el que los hijos sean muchos, ò uno solo no altera la disposicion legal, ni exime à la madre de la obligacion de dotar de los gananciales, ni quita, ni limíta al padre la potestad que le dá la ley: y la colacion es solo para entre los hijos, y no para con la madre, con la qual no há lugar, por no ser heredera del padre, antes sí extraña de su succesion. A mas

de

de que aun quando hay muchos hijos, retienen los colacionantes la mitad correspondiente à la madre hasta que muere, y solo colacionan con sus hermanos la de su padre quando fallece; por lo que en ningun caso buelve, ni debe bolver à su poder lo que éste dió de los gananciales al hijo unico, ò hijos de ambos en dote, ò donacion *propter nuptias*: y no dexa de ser alucinamiento, y preocupacion el querer hacer distincion de casos, y confundirlos con la colacion que es privativa, y peculiar de los hijos, y descendientes legitimos entre sí, y con este pretexto obligar al hijo unico à que colacione la mitad con su madre, como si fuera su hermana, y se quede solamente con la otra mitad respectiva à su padre, y por este medio hacer ilusorias, è ineficaces la donacion hecha por el padre, la potestad que la ley le concede, y la obligacion de la madre. Todo lo qual es constante, he practicado, y se aprobó, no obstante la oposicion de algunos enfermos de entendimiento, que fundados en la colacion, y en el perjuicio de la madre, y aparente mejor condicion del hijo defendian que éste debia quedarse con la mitad tocante à su padre, y colacionar con su madre la otra mitad.

111 Mejorando el padre à un hijo en el tercio de sus bienes con consignacion en finca lucrada durante su matrimonio, y entregandosela, ¿se duda si valdrá esta mejora en el todo, ò solamente en la mitad correspondiente al mejorante? Esta duda pende de la resolucion de dos questiones disputadas por nuestros Autores: la una, si el dominio de los gananciales se transfiere, ò no à la muger; y la otra, si el marido puede enagenarlos con titulo de donacion, de que hice mencion en los num. 29. 30. y 62. al 65. Y tratando de ella *Ayor. part. 2. quest. 41.* distingue de este modo: Si el padre hizo la mejora en su testamento, ò ultima voluntad, valdrá solamente en la mi-

mitad, porque surte su efecto disuelto el matrimonio; en cuyo caso adquiere la muger dominio perfecto, è irrevocable en la suya; y es visto por lo mismo que no quiso mejorar sino en sus bienes propios, y esto es indubitado. Si la mejora fue por contrato entre vivos, subdistingue: Habiendola hecho con animo de defraudar à su muger, no la perjudicará en su mitad; con cuyo dictamen me conformo. Pero no habiendo sido con animo fraudulento, (que no es presumible, y mucho menos siendo hijo de ambos el mejorado) dice, que si el marido dexó otros bienes con que reintegraria de su mitad, valdrá la enagenacion de la cosa comun por via de mejora del tercio: y que sino los dexó, podrá repetir la muger su mitad del hijo mejorado, ò del que posea la cosa comun, en que su marido consignó el tercio. Yo dudo de esta opinion en los terminos absolutos con que se sienta, por las razones expuestas en el numero anterior, y en los 30. 62. y 63. de este capitulo; y digo que la competirá este regreso solamente en el exceso de la parte que despues de deducida su legitima importe la mejora, pues de lo contrario era ilusoria, è ineficáz la facultad que la ley 53. de Toro le concede para dotar, y donar *propter nuptias* à sus hijos de los gananciales: es asi que la dote, y donacion *propter nuptias* se dán en cuenta de legitima; que el padre está autorizado para darlas, sin que necesite el consentimiento de su muger: y que ésta tiene la misma obligacion de hacerlo de ellos; luego hasta en lo que importe la legitima valdrá, y el hijo estará obligado unicamente à reintegrar à su madre del exceso, ò ésta tendrá el regreso por él contra los bienes de su marido; por lo que solo colacionará por muerte del padre la mitad de lo que importe lo recibido, pues el que suene mejora, ò donacion *propter nuptias* no altera la sustancia, y sí el exce-

so

so à su legitima, para cuya donacion de los gananciales no le dá potestad la ley, y no se debe ampliar à lo que no expresa en perjuicio de la madre. Pero si el hijo es del anterior matrimonio del marido, en este caso procederá la opinion de *Ayora* con la limitacion que he sentado en el num. 65. De esta duda trata *Morquech. lib. 2. cap. 13. ex n. 5. al 11.* citando à varios, à quienes puede ver el Legista, pues al Contador no incumbe su decision.

112 No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre promete dote à su hija legitima, se presume prometersela de los suyos propios, aunque administre, y tenga en su poder bienes adventicios de ella, y proteste que la dota de éstos, y no de los suyos, porque por esta protesta no se exime de la obligacion que teniendo facultades para dotarla, le impone el Derecho, pues en quanto alcancen está obligado, y en el exceso se entiende dotarla de los adventicios; lo que al contrario no siendo hija legitima. (1)

113 Lo mismo procede en quanto à la donacion *propter nuptias* que ofrece à su hijo, no obstante que administre bienes adventicios de éste, porque versa identidad de razon, y causa onerosa, y de sus bienes no necesita que le haga donacion, porque en el instante que se case, debe entregarselos, siendo capáz, para que los goce en propiedad, y usufructo, y le sirvan de ayuda à superar las cargas matrimoniales: (2) pues por ser propio del oficio, y cargo del padre el dotar à sus hijas, y hacer dona-

(1) Ley final, Cod. de Dotis promission. ley Cum pater 1. ff. de Jure dot. y ley 8. tit. 11. Partid. 4 & ibi. glos. 2. Morquech. lib. 2. y cap. 17. dichos n 14.

(2) Roman. Immol. Aretin. y Alex. en la ley 1. ff. Solut. matrimon. Menoch. consil. 370. n. 7. lib. 4. Socin. Senior consil. 100. n. 8. lib. 3. Corne consil. 3. lib. 2. Morquech. dicho n. 14.

nacion, ò alimentar à sus hijos, (1) siempre se presume que les promete de sus propios bienes la dote, y donacion aunque estén emancipados. (2) Y lo propio milíta para con la hija viuda, dotada segunda vez por su padre. (3)

114 Y si el padre legitimo administrador de los bienes adventicios de su hija la prometiere dote de éstos, y de los suyos, se presume segun el orden de caridad, y aficcion, que la dota de los suyos propios, y en lo que éstos no alcancen, de los de la hija, (4) excepto que sea pobre, pues entonces es visto haberla prometido de los de ésta. (5) Y para quitar toda duda es muy conveniente, y aconsejan los Autores que el padre diga quánto la ofrece de sus bienes, y quánto de los de ella, ò que la ofrezca cantidad cierta, computado, è incluso en ella todo lo que la debe por sus bienes paternos, y maternos: en cuyos casos se observará el pacto, porque cesa la razon de dudar, (6) pues en las cosas claras no há lugar à congeturas. (7)

115 Habiendo casado el padre una hija, y dadola cierta dote, si despues casa otra, y la ofrece tambien dote cierta de sus bienes, y de los de la misma hija, se debe

(1) Ley Qui liberos, ff de Ritu nuptiar. ley 9. tit. 11. Partid. 4. y ley fin. Cod. de Dotis promission.

(2) Doctor. cit. Rip. en la ley 1. ff. Solut. matrim. y en ella Socin. Junior n. 166.

(3) Alex. in leg. Hujusmodi, §. Si pater n. 7. ff. de Legat. 1. Menoch. præsumpt. 15. n. 13. lib. 3. Socin. Junior consil. 79. n. 85. lib. 3. Ayor. part. 3. quæst. 14. n. 45. y sig.

(4) Ley Gallus, §. 1. ff. de Liber. & posthum. DD. in leg. fin. Cod. de Dotis. promission. Bald. novel. de Dote part. 6. privileg. 6. Morquech. dicho cap. 17. n. 22.

(5) Ley fin. & ibi. DD. Cod. de Dotis promission. Menoch. præsumpt. 15. dicha n. 28.

(6) Hieronym. Gabriel consil. 156. n. 26. Socin. Junior ibi. n. 177. y 178. Corn. consil. 16. n. 4. lib. 3. Menoch. præsumpt. 15. cit. n. 24. y consil. 370. n. 32. lib. 4. Morquech. ibi. n. 23. y 24.

(7) Ley Continuus 137. §. Cum ita, ff. de Verbor. obligation.

be conceptuar dotada ésta en iguales terminos que aquella: por lo que si la dote primera se satisfizo de los bienes propios del padre, y de los adventicios de la hija, se ha de satisfacer la segunda en la misma forma, (1) porque se presume que el padre quiso guardar igualdad entre las hermanas. (2)

116 El padre natural está obligado à dar alimentos à sus hijos naturales: (3) por lo que lo está tambien à dotar à su hija natural, porque la dote succede en lugar de alimentos. (4) Lo mismo procede para con la madre, y abuelo en los casos en que por derecho (5) tienen obligacion à dotar à la hija, y nieta, los que expliqué en el cap. 2. de mi primera parte num. 15. en donde los podrá ver el Contador.

117 Si la madre curadora de su hija, y administradora de sus bienes la dota, se entiende dotarla de ellos como tal curadora, y administradora, y no de los suyos, sino lo expresa, porque está esenta de esta obligacion. Lo propio milita para con la abuela que es tutora de su nieta, y administra sus bienes: y asi pueden imputarlas lo que las dieron no solo en dote, sino para su manutencion, constando que con esta intencion lo expendieron, (6) porque teniendo bienes suyos de que poder vivir, no están obli-

(1) Socin. Senior, y Ruin. in leg. 1. ff. Solut. matrimon. n. 144. & ibi. Rip. n. 93.

(2) Ley final, Cod. Communia utriusque judic. y ley Ut liberis, Cod. de Collation. Menoch. dicha præsumpt. 15. n. 2. Morquech. dicho cap. 17. n 25.

(3) Cap. Cum haberet de eo, qui duxit in uxor. y ley 5. tit. 19. Partid. 4.

(4) Bart. & DD. in dict. leg. 1. ff. Solut. matrimon. Menoch. ubi proxime n. 33.

(5) Bald. y Salicet. en la ley fin. Cod. de Dotis promission. Menoch. ubi supr.

(6) Ley 4. tit. 10 Partid 4. y ley 36. tit. 12. Partid. 5. & ibi. glos. 6.

obligadas à criarlas, ni dotarlas. (1)

118 Pero si las ofrecieron en dote mas que lo que importan sus bienes, es visto haberlas prometido de los suyos el exceso; (2) excepto que con error, y en inteligencia de que los de la hija, y nieta eran tan quantiosos, las hubiesen prometido tanto: pues probado el error, no estarán obligadas à la entrega del exceso, porque el error quita el consentimiento. (3) Y si no son curadoras, ni administradoras de ellas, deben satisfacerlo de lo suyo, porque se presume haberles hecho la oferta por razon de la natural conjuncion, y afecto materno. (4)

119 Ofreciendo el padrastro, y la madre, ò el padre, y la madrastra juntos dote, ò donacion al entenado, ò hijastro de alguno de ellos, no se ha de entender que se obligaron por mitad de sus propios bienes, sino de los del entenado, ò entenada; y si no los tenia, se presume que la prometieron con animo de repetirla. Y la razon es, porque asi como el padrastro no tiene obligacion de alimentar, ni tener en su poder à los hijos de su muger, y en caso de hacerlo, se colige ser con dicho animo; asi tambien por la propia razon, no es visto darles, ni ofrecerles la dote, ò donacion, sino en los terminos expuestos, à menos que claramente, ò por veementes congeturas conste que su intencion fue no repetirla, y antes sí darsela de sus propios bienes. (5) Pe-

(1) Ley 6. tit. 19. Partid. 4. y ley Si quis à liberis, §. Sed si filius, ff. de Liberis agnoscend.

(2) Ley Cum post mortem, §. 1. & ibi. glos. Bart. & DD. ff. de Administrat. Tutor. Gom. en la 53. de Toro n. 24.

(3) Acev. en la ley 8. tit. 9. lib. 5. Recop. n. 20. Morquech. cap. 17. dicho n. fin.

(4) Gom. en dicha ley 53. y n. 24. vers. Si vero mater. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 11. n. 155. Palac. Rub. in cap. Per vestras fol. 46. col. 2. vers. Ex istis alias.

(5) Castill. en dicha ley 53. litter. G. per text. in leg. Si paterno, ff. de Negot. gest. n. 6. Bald. in dict. leg. Si paterno. Siguenz. de Claus. lib. 2. cap. 11. n. 219.

120 Pero es de advertir, que para poder repetir el padrastro los alimentos dados al entenado, son precisas dos cosas: la una, que proteste se los dá con este animo, ò por otros medios conste de ello: y la otra, que no se sirva de él; pues no constando de su animo, se entiende alimentarlo por piedad, y afecto à su madre: y sirviendose de él, se han de compensar los alimentos con su personal trabajo. (1) Bien que si el padrastro es pobre, no es necesaria la protesta.

121 Si muertos los padres, habitaren hermano, y hermana juntos poseyendo los bienes en comun, ò proindiviso, y durante esta proindivision se casare la hermana, y su hermano la dotare, sin expresar de qué bienes, se dificulta, ¿si se entenderá dotada de los suyos propios, ò de los de su hermano? Y parece que de los de éste, porque la conjuncion de la sangre hace que se presuma donacion, y de los que la tocan no necesita que la dote. (2)

122 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y asi la dote percibida por la hermana se la debe imputar en su haber al tiempo que entre los dos se haga la division, y tanto menos llevará: (3) Lo primero, porque nunca se presume donacion, (4) y siempre que pueda darse interpretacion, ò congetura por leve que sea, à favor del donante, y contra la donacion, se debe hacer. (5) Lo segundo,

(1) Ley final tit. 12. Partid. 5. & ibi. glos. 1. y 4.

(2) Ley Procula magnæ 26. ff. de Probation. Bald. y Salicet. en la final, Cod. de Dotis promission.

(3) Ley 1. §. Filiam, ff. de Collation. dot.

(4) Ley Si cum aurum 50. ff. de Solution. ley Campanus 47. ff. de Oper. libertor. y ley Cum de indebito 25. ff. de Probation.

(5) Ley Eleganter 24. §. Qui reprobos, ff. de Pignorat. action. Bald. en dicha ley fin. col. 3. n. 12. Jason en la Si fundum n. 19. ff. de Legat. 1.

do, porque el hermano que tiene bienes en comun con su hermana, se presume que la dota de los de ella como su administrador, y entonces cesa la presuncion de donacion. (1) Y lo tercero, porque si expendiendo algo el padre en nombre de su hijo, mas se presume que lo hace de los bienes de éste, que de los suyos, segun dixo el Jurisconsulto Papiniano; (2) con superior razon se debe presumir del hermano, en quien no reside tanto amor ácia su hermana, como en el padre ácia sus hijos, pues ninguno igualá al de éste. (3)

CA-

(1) Ley Nesen nius 34. ff. de Negot. gest. & ibi. Bart. n. 3. y Bald. n. 5.

(2) Ley ultim. ff. de Hæreditatis petition.

(3) Ley Isti quidem 8. ff. Quod metus causa, y ley fin. Cod. de Curator. furios.

CAPITULO V.

DEL MODO DE DIVIDIR LOS FRUTOS de bienes libres, y vinculados que el testador dexa pendientes, ò cogidos; ya sea entre su viuda, y herederos, ò entre otros; y los bienes se hayan llevado al matrimonio, ò adquirido durante él.

SUMARIO.

§. I.

1. *LOS frutos se llaman* civiles, *y* naturales.

2. *Si el testador quando murió tenia vendido, y no entregado al comprador algun predio, y sus herederos se convienen con él en el modo de dividir sus frutos, se ha de observar su convenio.*

3. 4. 5. *Estando cogidos los frutos al tiempo de la muerte del vendedor, ò pendientes en el predio al de la venta, ¿à quién tocarán?*

6. *Si al tiempo de la venta no tenia frutos, y antes de la tradiccion de la finca vendida nacieron, ¿quién los llevará?*

§. II.

7. 8. *Quando por muerte del enfiteuta ha de bolver el enfiteusi de* nominacion *al Señor del directo dominio, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos por él, ò por los colonos, à quienes tenia arrendada la cosa en-*

fiteutica, los hace suyos.

9. *Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfiteuticas, ò las arrendó, y estando pendientes, ò sembrados los frutos, murió, y el enfiteusi ha de bolver por su muerte al dueño del dominio directo, pertenecen à éste.*

10. 11. *Y si hay alguno llamado, y el enfiteusi ha de pasar à él, ó el enfiteuta locó el fundo, recibió al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo de la locacion, y murió pendientes los frutos, ¿à quién tocan?*

12. *Cayendo en comiso el enfiteusi por delito cometido por el enfiteuta, si ha de hacer retroceso al Señor del dominio directo, y al tiempo de la perpetracion del delito hay frutos pendientes en la albaja enfiteutica, pertenecen todos al Señor.*

§. III.

13. 14. *Bienes de Clerigo, ¿quáles se llaman patrimoniales, y quasi patrimoniales, y cómo se succede en ellos, y en sus frutos?*

15. *Los frutos pendientes de Beneficios Eclesiasticos tocan al succesor segun Derecho; y los cogidos al Beneficiado, y à sus herederos.*

16. *Pero por costumbre se prorratéan unos, y otros entre el succesor, y herederos del Beneficiado.*

17. *La pension sobre Beneficio, ò Dignidad Eclesiastica se ha de dividir del mismo modo.*

§. IV.

18. al 26. *Sobre el modo de dividir los frutos pendientes de mayorazgo entre el succesor, y herederos del poseedor, se proponen las tres sentencias que hay, y se aprueba, y sigue la de prorratéo.*

27. al 30. *¿Cómo se han de dividir los frutos pendientes, y cogidos, y las pensiones, y reditos entre el mejorado, ò primer llamado al vinculo fundado por el testador, y demás herederos, no dexando muger éste?*

31. al 37. *¿Y cómo, no siendo primer llamado, ya es-*

estén pendientes, ò cogidos los frutos, ò barbechadas, y sembradas solamente las tierras, ò ya sean alquileres de casas, ù otros edificios, ò reditos de juros, censos, y otros efectos?

§. V.

38. *Son comunes à marido, y muger los frutos de los bienes libres que multiplican constante su matrimonio, viviendo juntos.*

39. *Y los de los que ambos, ò el uno de ellos llevan à él, y adquieren mientras dura.*

40. *Ya estén acabados de recoger los frutos, ò pendientes, y mostrados en los bienes comunes, ò en los de cada uno.*

41. al 43. *No estando parecidos los frutos, ¿cómo se han de dividir, ya los bienes sean naturalmente fructiferos, ò mere rusticos?*

44. *¿Y cómo, si son de rebaños, ò animales productivos?*

45. al 48. *Renunciando la muger los gananciales, y falleciendo en el año en que se casó, ¿qué se deberá observar en la division de frutos de sus bienes dotales, ya haya legado, ò no à su marido la tercera parte de éstos?*

49. *No tocan al marido los frutos que percibe de los bienes dotales de su esposa antes de casarse, sino en un caso.*

50. 51. *Quando el marido lleva al matrimonio, ò durante éste hereda algun fundo con frutos proximos à su recoleccion, ò mostrados solamente, ¿cómo se dividirán entre él, y su muger?*

52. *Si quando muere uno de los conyuges está arrendado el fundo, y con frutos pendientes, sembrados, y beneficiados à costa del colono, ¿cómo se ha de dividir entre ellos la pension?*

53. al 56. *¿Cómo se han de dividir entre marido, y muger los frutos pendientes, y pensiones de los bienes vinculados, ya muera antes, ò no el poseedor del vinculo, ò mayorazgo à quien pertenecen?*

CO-

§. I.

COMO SE HAN DE DIVIDIR, Y à quién pertenecen los frutos de la finca vendida por el testador, y no entregada al comprador.

1 COmo entre los bienes que dexan los difuntos, suele haber frutos, unos cogidos, y otros pendientes en ellos, y el Contador partidor necesita instruirse del modo de dividirlos, à fin de aplicar à cada partícipe lo que legitimamente le toque de ellos; para que no irrogue perjuicios en su distribucion, debo suponer como inquestionable, è indubitado, que hay dos clases de frutos: unos se llaman propia, y adequadamente *naturales*, y son los que producen los predios rusticos, v. g. tierras, viñas, olivares, arboles, &c. ya intervenga, ò no trabajo, è industria para su produccion. Y otros se llaman impropiamente *frutos*, y con propiedad *reditos*, *pensiones*, ò *accesiones civiles*, porque no son producidos naturalmente, v. g. los alquileres de casas, tabernas, y otros predios *urbanos*, las pensiones de naves, y otras cosas que se arriendan, y alquilan, y los reditos de juros, censos, y otros efectos, y derechos semejantes: y asi no depende de la naturaleza, sino de la convencion, industria, y disposicion del hombre su produccion. (1) Y sobre qué cosas vienen en el nombre apelativo de frutos, veanse los Autores, (2)

Su-

(1) Valasc. de Partition. cap. 28. n. 9. Guerreit. tract. 4. de Rationib. reddend. lib. 2. cap. 10.

(2) Barbos. in Appellativis verb. Fructus appellat. 103. ex n. 1. al 23. Thusc. litter F. conclus. 484. Rom. Sing. 555. Garcia de expens. cap. 23. ex n. 1. al 7.

2 Supuesto lo referido, digo, que si el testador quando murió tenia vendido, y no entregado al comprador algun predio, ò finca raiz, y éste, y los herederos de aquel se convienen en el modo, y forma de dividir sus frutos, y pensiones, se ha de observar integramente su convenio, (1) porque éste prescribe regla, y constituye ley inviolable entre ellos, (2) siendo justo, y arreglado.

3 Y si los frutos estaban cogidos, y separados del suelo al tiempo que falleció, le corresponden sin la menor duda, y no al comprador, y por consiguiente deben llevarlos sus herederos: (3) y la razon es, porque se entienden percibidos, y en poder del dueño que los cogió; por lo que como separados del fundo que los produxo, no lo siguen, ni se contemplan una cosa con él. (4)

4 Estando pendientes en el predio vendido los frutos, ya se hallen verdes, ò maduros al tiempo de la venta, pertenecen al comprador, (5) porque los pendientes son parte de la cosa vendida, (6) y asi han de pasar al sugeto à quien pasa ésta: y además se contemplan comprehendidos en la venta, y precio por el predio prometido, pues por ellos se le acrece su valor, y estimacion. (7)

5 En estos casos no hay que dividir los frutos, porque

(1) Ley Qui fundum, §. Fundi, ff. de Contrahend emption. y ley Contractus 27. ff. de Reg. jur.

(2) Ley Depositum 1. §. Si convenit 6. ff. Depositi, vel contra.

(3) Ley Defuncta 58. ff. de Usufruct. & quemadmodum quis utatur, y ley Si stipulatus 4. & ibi. glos. ff. de Usur. & fructib.

(4) Ley Fundi 17. §. Sed & vinum, ff. de Action. empt.

(5) Ley Julianus 13. §. Si fructibus, ff. de Action. empt. ley fin. §. Fructus, ff. Quæ in fraudem creditor. y ley 11. tit. 15. Partid. 5.

(6) Ley Fructus pendentes 44. ff. de Reivindication.

(7) Ley in lege Falcidia, ff. ad leg. Falcid. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 11. y en la 40. de Toro n. 74. vers. Tertio facit. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 33. n. 28. Sr. Molin. de Hispaniar. Primogen. lib. 3. cap. 11. n. 16.

que segun sea el caso, pertenecen integramente, è *in solidum* al comprador, ò vendedor, excepto que pacten otra cosa. Y aunque en este ultimo muera el testador antes de entregar la cosa vendida, respecto estaba obligado à su entrega, segun el estado en que la habia enagenado, (que era con los frutos pendientes) y de lo contrario al total interés: (1) estarán obligados à lo mismo sus herederos, pues la venta se entiende perfectamente celebrada, no obstante que no haya tradiccion de alhaja, ni numeracion de precio, con tal que conste realmente de ésta, y del cierto en que se ajustó: (2) y la tradiccion, y numeracion pertenecen à la translacion del dominio, y no à las cosas que vienen, y se comprehenden en la venta.

6 Y si al tiempo que se trató la venta no tenia frutos pendientes la finca vendida, pero despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes, constitucion del precio cierto, y antes de su tradiccion nacieron, se ha de distinguir: si el vendedor no fue moroso en hacer su entrega, le pertenecen; (3) pero si lo fue, porque ya habia recibido el precio del comprador, tocan à éste. (4) Y por el contrario, no le corresponden, quando antes de satisfacerlo percibió los de la que compró, y se le entregó: (5) y asi como que en el caso de morosidad no son del vendedor, ni tocan por consiguiente à su testamentaría, no se deben inventariar, ni tener por caudal suyo: y aun quando se inventarien por ignorancia, debe se-

(1) Ley 1. y ley Ex empto, ff. de Action. empti. Alex. consil. 69. lib. 4. Jason in leg. In actionibus, ff. de In litem jurand.

(2) Princip. institut. de Emption. & vendition. y ley Quod vendidi, ff. eod. tit. Gom. dicho cap. 2. n. 1.

(3) §. Venditæ institut. de Rerum division.

(4) Glos. penult. in leg. Fructus, Cod. de Action. empti.

(5) Arg. leg. Curabit, Cod. eod. tit. Gom. dicho cap. 2. y n. 11. vers. Aut tempore venditionis. Valasc. dicho cap. 28. n. 8.

separarlos de este el Contador, para no dividirlos, expresando la razon de su separacion. Y si el precio de la venta no se declara al tiempo de su celebracion, y se remite al arbitrio del Juez, ò de un tercero, y antes que estos lo declaren, percibe el comprador los frutos, le pertenecen si paga el precio, porque el contrato es condicional, y cumpliendose luego la condicion, se retrotrae al tiempo que se hizo. (1) Todo lo qual procede, quando los frutos son naturales, ò industriales: pero si consisten en arrendamientos, ò pensiones de la cosa locada, y al tiempo de la venta estaban vencidos, y cumplido el dia de su solucion, tocan al vendedor, y no al comprador, porque la accion personal no sigue al poseedor del fundo; (2) y si no lo estaban, deben ambos dividirlos à prorrata del tiempo transcurrido desde el ultimo plazo vencido, y satisfecho. (3) En quanto à cómo se han de dividir los frutos pendientes en el fundo vendido con el pacto de *retrovendendo*, y recobrado por el vendedor, vease à *Escobar Computat. fin.* que sigue como mas equitativa la opinion del prorratéo, con arreglo à lo que expondré en el num. 31. y siguientes de este capitulo en quanto à los bienes vinculados.

CO-

(1) Mantic. de Tacit. lib. 4. tit. 26. n. 10. Hermosill. en la ley 9. tit. 5. Partid. 5. glos. 4. n. 5. Menoch. cas. 220. ex n. 22. Mart. part. 2. decis. 208. n. 3.

(2) Ley 1. §. Si hæres, ff. ad Trebellian.

(3) Gom. dicho cap. 2. n. 11. vers. Et prædicta.

§. II.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos de alhaja enfiteutica en caso de que el enfiteusi de nominacion *haya de bolver al Señor del directo dominio por muerte del enfiteuta.*

7 QUando por muerte del enfiteuta ha de bolver el enfiteusi, que llaman de *nominacion*, al Señor del dominio directo, si el enfiteuta fallece despues de cogidos los frutos de la alhaja enfiteutica, es indubitable que los hace suyos, y pasan à sus herederos, (ya viva, ò no todo el año) y no al succesor en el enfiteusi, sino es heredero suyo, pues en este caso no se atiende à lo que vivió, sino solamente à que quando falleció ya tenia su dominio, por haberlos percibido en uso del derecho que le competia. Y lo propio milita, quando al tiempo de su muerte los habian cogido los colonos, à quienes la tenia locada, pues las pensiones que éstos le habian de satisfacer por ella, pertenecen à su heredero, aunque haya fallecido el enfiteuta antes de cumplirse el de su solucion: (1) y la razon es, porque asi el usufructuario como el enfiteuta los perciben por la del dominio util que en la alhaja tienen, el qual basta tener al tiempo de la recoleccion, sin embargo de que con su muerte se extinga:

(1) Ley Defuncta fructuaria, ff. de Usufruct. Speculat. in tit. de Emphiteusi n. 19. Alex. in leg. Divortio, ff. Solut. matrimon. & ibi. Jason n. 5. al fin. Bald. in cap. 1. §. His consequenter n. 1. Hic finitur lex lib. Fecudor. Valasc. de Partition. cap. 31. n. 3.

ga: (1) pues no se mira à lo que vive en aquel año, sino à si vivia quando se recogieron, y tenia derecho para su percibo, al modo que en el usufructuario: (2) y por no militar razon de diferencia entre ambos, debe valer el argumento de uno à otro. (3)

8 Y aunque se objete que las pensiones se han de pagar mucho despues de la recoleccion, (que es quando cumple el plazo) no obsta, porque en el mismo instante que se celebra el contrato de locacion, nace la accion à la pension integra de todo el tiempo estipulado, y la obligacion del conductor à pagarla: (4) por lo que, y porque el enfiteuta la percibe por razon del util dominio que tiene en la finca enfiteutica, no se atiende al dia en que se ha de satisfacer.

9 Si el enfiteuta cultivó por sí mismo las fincas enfiteuticas, ò las arrendó, y à mediado el año, ò antes de recoger los frutos, ò estando pendientes, ò sembrados, murió, y el enfiteusi ha de bolver por su muerte al dueño del dominio directo, por haberse extinguido todos los llamados à su obtencion, pertenecen sus frutos à éste, si à él debuelve, porque se consolida el usufructo con la propiedad, y el dominio util con el directo: y solo estará obligado à pagar las expensas de labores, y demás hechas, graduandole en este caso por la regla que al usufructuario; y asi por militar la propia razon, vale el argu-

(1) Paul. en dicha ley Divortio.

(2) Ley Si usufructuarius messem, ff. Quibus modis usufructus ammitat. y ley Si pater, Cod. de Usufruct.

(3) Valasc. dicho cap. 31. n. 4.

(4) Ley Si à colono, ff. de Fideiussorib. ley Sed addes, §. Si quis cum in annum, & ibi. Bart. ff. Locati, y ley Si servus communi., §. fin. & ibi. etiam Bart. ff. de Stipulation. servor.

gumento de uno à otro. (1)

10 Y si hay alguno llamado, y el enfiteusi ha de pasar à él, le tocan los frutos pendientes en la alhaja enfiteutica: y la razon es, porque como son parte de ésta, y por la tradiccion que de ella se hizo al enfiteuta primero, es visto habersele hecho en nombre de todos los nombrados, al modo que la concesion, (2) siempre el siguiente llamado adquiere por virtud de ella su dominio, muerto el poseedor: y por esto le pertenecen incontinenti todos los frutos pendientes, baxo la obligacion de entregar à los herederos las expensas de siembra, y labores hechas, las quales en todo evento se deben deducir primero, y satisfacer al que las hizo, porque à todos está prohibido lucrarse con detrimento de otro, y no se llaman frutos, ni los hay, hasta que se deducen. (3)

11 Procede tambien lo expuesto, en caso que el enfiteuta haya locado el fundo: recibido al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo de la locacion; y muerto, pendientes los frutos, ò pensiones: pues no obstante, pertenecen al succesor, ò al Señor del directo dominio, si el enfiteusi ha de bolver à él, el qual no está obligado à pasar por la locacion, (al modo que tampoco el succesor en el mayorazgo, como he sentado en el cap. 6. de mi primera parte num. 25.) y asi los herederos del enfiteuta deberán restituir al conductor las pensiones que su causante percibió anticipadas de mas tiempo que el que vivió, cuyo tiempo, y la paciencia que prestó para hacer la locacion, nada pueden obrar à efecto de dividirlas;

(1) Jason in leg. 2. n. 18. y 100. Cod. de Jure emphiteutic. Valasc. dicho cap. 31. ex n. 7. al 10.

(2) Alex. in leg. Ex facto, §. Si quis rogatus 1. n. 22. ff. ad Trebellian.

(3) Ley Fructus, ff. Solut. matrimon. ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscund.

las; pues tampoco lo obran para con el usufructuario, por el qual se debe gobernar el Contador en este caso, porque se equipáran. (1)

12 Si por delito cometido por el enfiteuta cae en comiso el enfiteusi, y ha de hacer retroceso al Señor del directo dominio, y al tiempo de la perpetracion del delito hubiere frutos pendientes en la alhaja enfiteutica, pertenecen al Señor todos por la propia, y aun mayor razon que la de su muerte. Y si los percibieron despues el enfiteuta, ò sus herederos, están obligados à debolverlos al Señor como dueño propietario de ambos dominios directo, y util, porque por la perpetracion del delito se consolídan éstos, y el enfiteuta lo pierde todo. (2)

§. III.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos, y pensiones de Beneficios Eclesiasticos entre los herederos del Beneficiado, y el succesor.

13 SUelen fallecer à los principios, medio, ò cerca del fin del año los que gozan Beneficios, Dignidades, y pensiones Eclesiasticas, y dudarse cómo se han de dividir los frutos que dexan pendientes, si à prorrata, ò de otra suerte. Y para instruccion del Contador debo sentar, que el Clerigo puede gozar tres clases de bienes: unos se llaman *patrimoniales*, y son los que hubo de

(1) Valasc. dicho cap 31. n. 12.

(2) Ley Si pater, Cod. de Usufruct. speculat. in tit. de Emphiteusi n. 19. cit. Socin. in leg. Divortio n. 8. Valasc. dicho cap. 31. n. fin.

de sus padres, y parientes, ò adquirió con su industria, y trabajo, ò por donacion, testamento, ù otro contrato lucrativo, al modo que el lego: (1) y en ellos se gradúa como éste, y asi puede disponer de todos à su arbitrio à falta de herederos forzosos. (2)

14 Otros se llaman *quasi patrimoniales*, y son los que adquiere por razon del Orden, y oficio Clerical; v. g. por la limosna de la Misa, predicar, cantar las Horas Canonicas, y por otros actos, y exercicios espirituales: de cuyos bienes como adquiridos con su personal trabajo puede testar, y disponer igualmente, porque se reputan como patrimoniales; (3) y asi se succede en estas dos clases de ellos, y sus frutos segun las leyes, y reglas de la succesion de los legos, y del mismo modo vienen al juicio divisorio que los de éstos.

15 Y otros se llaman adquiridos *intuitu Ecclesiæ*, v. g. por razon de Prebenda, Beneficio simple, ò curado, Obispado, ù otra Dignidad Eclesiastica: y acerca de la succesion de los frutos de éstos es la dificultad. Y dexando à parte las opiniones que sobre ello hay, digo, que estos frutos pendientes, atendido el rigor de Derecho, tocan *in solidum* al succesor en el Beneficio, y el Beneficiado hace suyos solamente los que dexó cogidos quando murió, que se llaman asi, aunque no estén encerrados en la trox, ò parage en que se custodian, pues basta que estén segados, y separados del sue-

(1) Cap. Cum dilectus de Jure patronat. cap. Episcopus, cap. Manifesta, y cap. Sint manifestæ quæst. 1.

(2) Cap. Fixum 12. quæst. 5. cap 1. cap Quia nos de Testam. y cap. Relatum quæst. 2. eod. tit. vers. Cæterum. Valasc. de Partit. cap. 35. n. 1. al 3.

(3) Perus. in Rubr. de Testam. col. 30. & in 6. n. 56. Navar. in Apolog. quæst. 1. monit. 21. y 22. n. 1. y 3. Abb. in cap. Cum esses n. 26. de Testam. Valasc. ibi. n. 4.

suelo, (1) los quales se han de dividir entre sus herederos como los de su patrimonio, porque en estos Reynos de Castilla puede testar, y se succede en ellos ex testamento, y abintestato por costumbre, la qual está mandada observar por una ley recopilada. (2) Y la razon por que los pendientes tocan al succesor, es, porque el Beneficiado se equipara al usufructuario, y fideicomisario: por lo que lo dispuesto, y ordenado acerca de éstos, milita para con él sin diferencia. (3)

16 Pero sin embargo de lo expuesto, se observa en estos dominios como mas equitativo el prorratear entre los herederos del Beneficiado, y el succesor del Beneficio, asi los frutos pendientes, como los cogidos dentro del año de su fallecimiento: de suerte, que hasta que espira el año civil (que es en el dia ultimo de Diciembre) no los hace suyos integramente el Beneficiado, aunque los tenga recogidos, pues percibirán unicamente sus herederos à proporcion del tiempo que en aquel año vivió, y con la misma proporcion deberán cumplir las cargas, por cuyo medio se evitan muchos pleytos, gastos, y perjuicios. (4)

17 Del mismo modo se ha de dividir la pension que alguno tiene sobre Beneficio, ò Dignidad Eclesiastica, porque

(1) Valasc. de Partition. cap. 33. n. 11. y cap. 36. eod. num. Tiraquel. lib. 2. Retract. §. 5. glos. 4. Gutier. Canon. quæst cap. 33. n. 4. Gamm. decis. 309. n. 6.

(2) Ley 13. tit. 8. lib. 5 Recop.

(3) Dicha ley Si usufructuarius messem, ley Si in singulos, ff. de Annuis legat. al fin ley Si fur, y ley Defuncta, ff. de Usufruct. y §. Is vero institut. de Rerum division. Alex. consil. 15. n. 13. lib. 2. Valasc. de Partition. dicho cap. 36. n. 1. y 2.

(4) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 22. Avendañ. respons. 5. n. 1. conclus. 1. Boer. consil. 23. n. 7. Gutier. Canon. quæst. cap. 33. n. 9. y sig. Sr. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 11. n. 4. Valasc. dicho cap. 36. n. 9. y 10.

que se le concede por via de alimentos: (1) y no debiendo darse éstos al alimentario por mas tiempo que el que vive, (2) pues por el transcurrido despues de su muerte, como que no los lucró, no pasan à sus herederos, (3) se sigue que solo por la vencida hasta que fallezca tiene derecho, y asi nada mas llevarán éstos. (4)

§. IV.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos pendientes del mayorazgo entre el succesor, y herederos del poseedor.

18 SObre el modo de dividir los frutos pendientes en los bienes vinculados, ò de mayorazgo entre el succesor, y herederos del ultimo poseedor hay discrimen de parecere[illegible]. Unos se han gobernado para dar dictamen, y juzgar por el cap. 1. §. *His consequenter*, lib. *Feudor.* que trata de los feudos, diciendo, que si el feudatario muere, v. g. antes del dia primero, ò Kalendas de Marzo, pertenecen integramente los frutos al Señor: y si despues de éstas hasta fin de Agosto, al heredero del feudatario, y que esta misma regla se ha de observar en los frutos del mayorazgo. (5)

19 Por esta opinion no debe seguirse: Lo primero, por-

(1) Roman. consil. 388. Gig. quæst. 51.

(2) Ley Cum hi 8. Cod. de Transaction.

(3) Ley Si cum præfinitione, ff. Quando dies legati cedat.

(4) Sr Covar. dicho lib. 1. cap. 13. n. 13. Sr. Molin. y Gutier. cap. cit. Valasc. cap. 36. cit. n. 19. y 20.

(5) Palac. Rub. in Rub. de Donation. inter vir. & uxor. §. 69. Suar. in Quæstion. de Majorat. Tiraquel. y otros en sus Tratados de Primogen.

porque del feudo al mayorazgo no es seguro el argumento, (1) pues aunque en algunas cosas se parezcan, se desemejan en muchisimas, de las quales trae algunas *Burgos de Paz* en el proemio de las leyes de Toro, desde el num. 72. y una de ellas es acerca de los frutos. Lo segundo, porque la disposicion feudal no se debe alegar en otras causas que en las feudales. (2) Y lo tercero, porque lo ordenado en el citado §. ni aun en los feudos se debe observar, excepto en donde por costumbre estuviere recibido, pues habla quando el feudo hace reversion al Señor, y no quando pasa al siguiente agnado, por lo que mucho menos se puede adaptar al mayorazgo. (3)

20 Otros resuelven que los frutos, y pensiones, ò rentas pendientes del mayorazgo pertenecen al succesor, en quien se transfiere su dominio, ya sea erigido, y constituido de bienes de la Corona dados, ò vendidos por el Rey, ò de patrimoniales, (4) fundandose para opinar de esta suerte en la ley 42. ff. *de Usur.* que dice: *Herennius Modestinus respondit fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinère, licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem præteriisse dicatur.*

21 Cuya ley parece viene al intento, si se considera que el dominio, y posesion civil, y natural del mayorazgo pasan *ipso jure* por disposicion de la ley 45. de Toro

(1) Paul. consil. 164. col. penult. vers. Nec obstat lib. 2. Cirier. de Primogen. lib. 3. quæst. 4. col. fin.

(2) Cap. 1. de Feudi cognit. y cap. 1. An ille qui inter fratres in lib. Fœudor. Bart. in leg. Ut juris jurandi, §. Si liberi, ff. de Oper. libertor. Burg. de Paz in Proem. leg. Taur. n. 76.

(3) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 14. Acost. de Succesion. regn. pag. 144.

(4) Gamm. decis. 308. n. 6. y decis. 356. Gom. en la ley 40. de Toro n. 74. Pelaez de Majorat. lib. 4. quæst. 24. n. 2. Acost. ibi. pag. 145.

ro à los succesores, sin mas aceptacion, ni aprehension que la del primer llamado, porque es visto haberse transferido tambien en ellos, y no en el primero solamente. Y respecto de que por la ley inserta despues que el fideicomisario adquiere el dominio, pasan à él los frutos: con superior razon deben pasar al succesor del mayorazgo, en quien *ipso jure* se transfirió; pues segun Derecho, (1) el dueño de la alhaja debe percibir sus frutos, mientras la tiene, y como ya lo es al tiempo de la recoleccion, le tocan.

22 A mas de que por Derecho (2) no pertenecen al usufructuario los frutos pendientes, aunque estén maduros, sino al propietario, en quien se consolida el usufructo con la propiedad, porque con su muerte se extingue, y acaba éste; (3) cuya razon milita en el poseedor del mayorazgo, por muerte del qual el derecho de usufructuar, y su dominio se extinguen, y pasan al succesor: por lo que, y porque los frutos pendientes se estiman parte del fundo que los produce, (4) deben pasar al sugeto à quien éste pasa, (5) pues entre el poseedor del mayorazgo, y el usufructuario hay grande similitud, y asi vale el argumento de uno à otro: (6) y quando el caso especifico no se halla terminantemente decidido por Derecho, y la razon legal está clara, no solo se puede arguir de uno à otro semejante, sino que el Juez debe proceder, y juzgar por el que expresamente está resuelto, como admirablemente di-

(1) §. Item ea institut. de Rerum divis.

(2) Ley Defuncta fructuaria 58. ff. de Usufruct.

(3) §. Finitur institut. de Usufruct.

(4) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication.

(5) Ley Si quis sciens 11. Cod. eod. tit.

(6) Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 7. n. 8. y cap. 19. n. 15.

dixo el Jurisconsulto Juliano en la ley 12. ff. *de Legib.* ibi: *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus-consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* Por lo que atendidas la disposicion de Derecho, y razones potisimas en que ésta opinion se afianza, es la que parece se debe seguir.

23 Y otros templando el rigor, y estrechéz de las disposiciones legales, afirman que los frutos pendientes del mayorago se deben dividir entre los herederos del ultimo poseedor, y el succesor à prorrata del tiempo que aquel vivió en el año de su fallecimiento, y observarse la regla que por Derecho comun, y de las Partidas está prescripta para la division de los dotales en el ultimo año en que el matrimonio se disuelve: (1) fundandose algunos en que asi como se conceden al marido con el fin de que pueda superar las cargas matrimoniales, asi tambien por la propia razon es justo los perciba el heredero del poseedor del mayorazgo, porque éste sufre las de servir al Principe en paz, y en guerra, alimentar à sus consanguineos, y conservar la nobleza, y gloria de su familia.

24 Mas à la verdad, mirados con imparcialidad estos fundamentos, mas tienen de apariencia, que de solidéz, por la notable diferencia que media entre unas, y otras cargas: y asi no se deben equiparar, porque las matrimoniales no solo son incomparablemente mas pesadas, y segun

(1) Burg. de Paz in Proem. leg. Taur. n. 74. vers. Præterea. Sr. Molin. lib. 3. de Primogen. cap. y n. 11. Avendañ. respons. 5. n. 4. Ayor. part. 1. cap. 9. n. 6. y sig. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 14. Garcia de Expens. cap. 16. n. 6. Sr. Castill. de Usufruct. lib. 1. cap. 80. per tot.

gun Derecho (1) necesarias, sino que exceden en sumo grado à la comodidad que el marido experimenta: (2) por lo que el titulo de la dote se llama con propiedad oneroso respecto del marido, (3) aun quando se haga pacto de lucrarla. (4) Pero las de los poseedores mas tienen figura de cargas que lo que en el efecto, y realidad son: (5) y por la disimilitud que media entre unas, y otras, no sale consecuencia legitima, ni vale el argumento de una à otra. A mas de que el heredero sufre las cargas de la herencia, como el poseedor del mayorazgo las de éste, (6) y con todo si muere, estando pendientes los frutos, pasan al fideicomisario, à quien debe ir la herencia, y nada de ellos percibe su heredero: por lo que es preocupacion el equiparar las del mayorazgo con las matrimoniales.

25 Y aun quando quieran equipararlas en el caso solo de que el poseedor del mayorazgo esté obligado por disposicion del fundador à dotar à sus hermanas, y alimentar à sus hermanos, no por eso se convence que la division de frutos se debe practicar en iguales terminos que la de los de la dote, porque milítan diversas razones: La primera, porque de esta obligacion impuesta por el fundador no se deduce otra cosa que el que por este gravamen le dexó menor renta, al modo que ninguna pudo haberle dexado; y en haciendose este cargo, ningun gra-

va-

(1) Ley Pro oneribus 20. Cod. de Jure dot.

(2) Cap. Salubriter de Usuris.

(3) Ley Si donaturus, §. 1. ff. de Donation. ob caus. ley fin. §. Si à socero, ff. Quæ in fraudem creditor. ley Ex promissione 19. ff de Obligation. & action. y ley penult. ff. de Except. dolt.

(4) Ley Si donaturus 9. ff. de Condit. caus. dat.

(5) Acost. in dict. tract. pag. 148. Navar. in Apolog. de Redditib. quæst. 2. monit. 15. al fin. Valasc de Partition. cap. 30. n. 10.

(6) Ley Pro hæreditariis 2. Cod. de Hæreditariis actionib. y ley Neque 1. Cod. Si certum petatur.

vamen tiene, pues lo que gaste con sus hermanos, no es suyo, sino de ellos, por haberselo dexado su causante con la calidad de recibirlo de su mano. Y la segunda, porque el marido no hace suyos los frutos por razon del dominio que tiene en los bienes dotales, sino por la de las cargas que supera: (1) por lo que solo se le conceden con atencion al tiempo que las sufrió; pero el poseedor del mayorazgo los lleva no por razon de éstos, sino por la de aquel, (2) y por lo mismo para lucrarlos se debe atender unicamente al dominio, el qual una vez que se extingue con su muerte, de ningun modo pueden pertenecer à su heredero: y asi la unica accion que à éste corresponde, es, que si el poseedor hizo algunas expensas, y pagó algunas cargas de aquel año, le abone su importe el succesor de los frutos pendientes, porque de lo contrario se lucraria en su detrimento, lo qual es inicuo, y como tal está reprobado, (3) pues no se llama fruto, sino lo liquido despues de deducidas.

26 A vista de estas razones, parece no queda duda en que no debe hacerse la division por prorratéo, porque los referidos fundamentos son tan débiles, que se concilian poca atencion en la legal censura. Pero hay otros, por los quales es justo se dividan proporcionalmente los frutos pendientes del mayorazgo, prorrateandolos entre la testamentaría, y herederos de su ultimo poseedor, y el succesor, y son la equidad, y la tácita, y presunta voluntad del instituyente: pues habiendolo erigido, no solo con el fin de perpetuar su memoria, sino de que todos sus poseedores se alimentasen con lustre todo el tiempo que

(1) Bart. in leg. Divortio n. 11. Soto in. ibi. n 7. ff. Solut. matrimon.

(2) Ley Non ideo, ff. de Reivindication. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bon matern. part. 2. n. 5.

(3) Leyes 74 y 206. ff. de Regul. jur. Navar. loco cit. al fin.

que viviesen; si se les privaba en el ultimo año del percibo de sus frutos à pretexto de estar pendientes, se les quitaban indebidamente los alimentos que les habia dexado, se procedia contra su voluntad, que siendo arreglada es ley inviolable, y no se verificaba el fin principal de la fundacion. Y atendidas estas razones, y lo que aun quando no intervinieran dicta la equidad: y asimismo à que el poseedor del mayorazgo no es mero usufructuario como algunos quieren, sino usufructuario con dominio en los bienes de él, mientras lo posee, lo que no sucede al mero usufructuario, pues solo tiene el usufructo, ò comodidad, y otro la propiedad, y dominio: y à mas de esto atendiendo al perjuicio que se irrogaba al poseedor ultimo, pues era inicuo que quasi todo el año estuviese sufriendo las cargas del mayorazgo, y luego por la casualidad de fallecer antes que se finalizase, se le privase de los frutos, y en detrimento suyo se lucrase el succesor, se ha introducido por costumbre general en estos Reynos de Castilla, y executoriado repetidisimas veces el prorratéo. Cuya costumbre por contener los cinco requisitos legales, à saber: ser general, estar tolerada por el Soberano, puesta en execucion por sus Tribunales Supremos, no solo en los dos juicios que prefine la ley, sino en muchisimos, usada por mas tiempo que el de los veinte años que ésta dispone, y no oponerse al Derecho Divino, natural, ni positivo del Reyno, ni tampoco al bien comun, (cuyos cinco requisitos deben concurrir para que valga, y no se gradúe de corruptela) tiene fuerza de ley, y à veces suele derogarla, (1) y asi debe continuar su observancia; sobre lo qual vease al Señor *Castillo de Usufruct. cap.* 80. *per tot.*

Pe-

(1) Leyes 4. 5. y 6. tit. 2. comput. 20. n. 11. y sig. Partid. 1. Escobar de Ratiocin.

27 Pero como suele haber diversas clases de frutos pendientes en los bienes vinculados, ò de mayorazgo, y los Autores dexaron en silencio mucho de lo que en la division de cada clase, y caso se debe practicar, procuraré instruir al Contador principiante para el acierto. Y procediendo con distincion de casos, digo, que si al tiempo de la muerte del fundador quedan frutos pendientes, ya sean de los bienes que por sí labraba, ò de los reditos, ò pensiones que debian los conductores, censuarios, ò enfiteutas, nada dispone acerca de estos frutos, ò pensiones, y solo vincúla las propiedades, y capitales que los producen; ni tampoco dexa muger, ni herederos legitimos, ni extraños; son todos del primer llamado, sin que tenga obligacion de dexar otros tantos al succesor, ni de agregar su importe al vinculo, ò mayorazgo, porque por su taciturnidad es visto haber querido los gozase libremente para sí; y como pendientes, y accesorios son, y se estiman parte de la misma cosa, y la siguen, y à su dueño, (1) segun en quanto al usufructuario diré en el cap. 7. §. 2. Pero si los mandare agregar, ò instituyere à alguno por heredero de ellos, ò dispusiere en otros terminos, se observará su voluntad.

28 Sino dexa viuda, pero sí hijos, ù otros descendientes legitimos por herederos, y mejora por via de vinculo à uno de ellos en el tercio, y quinto, consignandoselo en bienes determinados, cuyo valor en propiedad atendido el caudal del difunto, completa el total de la mejora, ò le mejora solamente en bienes señalados que no exceden de ella, imponiendo el gravamen de vinculacion, y lla-

(a) Sr. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 11. Partid. 4. glos. 3. vers. Quid autem. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 9. n. 6. vers. Ideo judicio meo.

llamando à otros à su goce para despues de los dias del mejorado con arreglo à la ley 27. de Toro, y al tiempo de fallecer quedan frutos pendientes en los mismos bienes, los llevará el mejorado desde el dia de la muerte de su padre, (que es desde quando adquirió en los bienes su dominio) y no mas por razon de tal; y asi se estimarán, ò apreciarán en el estado que entonces tengan: será caudal partible de la testamentaría el valor que se les dé, y cederá privativamente à beneficio del mejorado el aumento que despues adquieran hasta su recoleccion los de dichos bienes consignados sin perjuicio de la parte, que por su legitima le corresponda en los restantes; y los gastos que se ocasionen hasta entroxarlos, se harán proporcionalmente, cargando al mejorado la parte, que atendido el mayor valor tengan, y al cuerpo comun de la testamentaría el residuo de ellos. Por exemplo: quando falleció el mejorante, valian los frutos mil reales, y quando se cogieron mil y quinientos, y en su recoleccion se gastaron ciento y cincuenta. En este caso los mil reales son caudal de la testamentaría, que agregado al demás, se ha de dividir como libre entre todos los interesados en ella, incluso el mejorado; y los quinientos restantes tocan privativamente à éste; por cuya regla la testamentaría satisfará cien reales de gastos, y el mejorado como tal cincuenta: pues de los de barbechos, y siembra no se hace merito, porque salieron del caudal de todos antes de fallecer el testador, y están refundidos en su herencia.

29 Y si antes de la recoleccion falleciere con hijos el mejorado, ò primer llamado, entrarán éstos à la particion con sus tios, llevando, y pagando lo que su padre llevaria, y pagaria, y percibiendo para sí solo el inmediato los frutos desde la muerte de su padre hijo del mejorante: de modo, que se deberá formar otra cuenta separa-

parada entre el inmediato, y la testamentaría de su padre por la misma regla que la anterior, y con igual proporcion, asi en quanto al percibo de frutos, como al pago de gastos, valuandose nuevamente aquellos en caso de tener aumento para evitar perjuicios à los interesados. Previniendo, que en toda particion de frutos se deben deducir previamente las expensas ocasionadas, porque hasta que se deducen no los hay, ni lo son sino lo liquido partible despues de separadas, (1) al modo que no hay herencia hasta que se pagan las deudas, y cargas que contra sí tiene, como dexo sentado.

30 Pero si el fundador, ò mejorante, que no dexó muger, falleciere, acabada la recoleccion, y las tierras quedaren barbechadas, y sembradas, sin aparecer los frutos, en este caso pertenecen los recogidos al acerbo comun de la testamentaría, y los que nazcan despues en las sembradas son propios del mejorado, con obligacion de satisfacer à la testamentaría los gastos de barbechos, semillas, y siembra, ò los que sean, segun lo que se haya hecho, los quales se apreciarán, y pondrán por caudal comun, y à proporcion de la institucion se dividirán entre el mejorado, y demás coherederos; y no teniendo dinero con que satisfacerlos, se le aplicarán en vacío, ò entrada por salida como recibidos en cuenta de la parte que le corresponda, al modo que si los colacionára; y en este caso no se hará merito de los de recoleccion, ni de la utilidad, ò pérdida que en ellos pueda haber, pues todo queda de su cuenta, y riesgo, y viene à ser lo mismo que si él por sí propio las hubiera barbechado, y sembrado. V. g. importan los barbechos, y siembra de los bienes de la

(1) Ley Fructus 7. ff. Solut. fin. ff. de Petition. hæreditat. matrimon. y ley Si à domino, §.

la mejora tres mil reales, que agregados al liquido igualmente partible de la herencia, compone el total de ésta treinta mil reales, y los hijos son tres: en este caso se darán efectivos al mejorado siete mil reales, que con los tres mil que debia aprontar, y retiene en el valor de las labores, suman los diez mil, que como uno de tres le tocan en la herencia igualmente partible. Y si antes de la division pagare los tres mil, se le darán quando ésta se haga, los diez mil integros, y no llevará tercio, ni quinto en frutos, porque solo fue mejorado en aquellos bienes señalados, y no en los demás de su padre, por lo que percibirá en estos su legitima, y en los señalados su mejora vinculada. Otras muchas especies en quanto à la division de frutos de mejora toco en el cap. 2. §. 4. lib. 2. de este tratado, à donde remito al Contador para su radical instruccion.

31 No siendo primer llamado el poseedor del vinculo, ò mayorazgo, y dexando frutos pendientes, ò mostrados en las tierras, viñas, ù olivares de este que labraba por sí, ò en otros arboles; ò las tierras barbechadas, ò sembradas solamente; y pensiones de otras que tenia arrendadas, y asimismo alquileres de casas, y otros edificios, y reditos de censos, juros, y otros efectos semejantes, cuyos plazos de pagas no han cumplido, ¿es la dificultad cómo entre sus herederos, y el succesor se han de dividir estas tres clases de frutos, y gastos? Y para su inteligencia procederá con distincion; y asi en quanto à los pendientes, y mostrados, digo, que los herederos del ultimo poseedor los han de percibir à prorrata del tiempo que este vivió en aquel año, y tuvo dominio en los bienes vinculados.

32 Pero es de advertir, que este año no ha de ser, ni contarse el *civil*, que empieza en Enero, y concluye en

en Diciembre, sino el *natural*, que es desde la cosecha de cada fruto, segun el tiempo en que se coge en cada País, ò Provincia, al modo que por derecho (1) antiguo está dispuesto acerca de los frutos de la dote, v. g. Agosto, siendo trigo; Octubre, siendo uba; Enero, si es aceituna, &c. porque una vez que la naturaleza no los produce, ni sazona, sino en estos respectivos tiempos, se debe observar en quanto al pago, y contar el año, (imitandola, y siguiendola) segun ella misma nos enseña. Por lo que si el poseedor del mayorazgo fallece, v. g. en fin de Mayo, y los frutos son de trigo, uba, y aceituna, deben llevar sus herederos, y testamentaría la parte correspondiente de trigo desde Santa María de Agosto del año anterior hasta el dia de su fallecimiento, que son nueve meses y medio. De uba desde primero de Octubre del propio año, (que es quando regularmente se echa la vendimia) y son ocho meses. Y de aceituna desde Enero, que son cinco meses, si à sus principios se coge; y sino desde el dia en que se acostumbra coger. Y asi los demás frutos, segun los respectivos tiempos de cada País, y de las fincas, ya produzcan, ò no todos los años.

33 Antes de repartir los frutos se han de deducir respectivamente del total cúmulo, y valor de cada especie los gastos hechos en el barbecho, siembra, caba, poda, siega, recoleccion, y demás que haya: abonar à la testamentaría del ultimo poseedor los que por parte de éste, y de ella despues de muerto se hayan hecho en su beneficio, y al succesor los que hiciere; y luego dividir lo liquido en dos partes, aplicando à cada interesado la que le corresponda à proporcion del tiempo que poseyó; v. g.

(1) Ley de Divis. y ley Fructus 7. §. Divortio facto, ff. Solu- to matrimonio, y ley 26. tit. 11. Partid 4. verb. E este año.

v. g. en trigo, despues de pagado el diezmo quedan mil y quinientas fanegas: y todos los gastos ascienden à dos mil reales, de los quales suplió quinientos el succesor, y los mil y quinientos el poseedor, y su testamentaría. En este caso se aplica à cada uno en trigo segun el precio que à la sazon tenga, lo que importan sus expensas, y el residuo del trigo se divide à prorrata del tiempo que poseyó. Previniendo, que para hacer la division se ha de esperar à la cosecha, porque de lo contrario podia suceder que el que menos hubiese suplido llevase mas, y el otro quedase perjudicado, lo qual es injusto. Pero en quanto à los gastos no se atiende al tiempo, sino al desembolso, y trabajo hecho en utilidad de lo que se ha de partir; y asi no se prorratean como los frutos, sino que cada uno exige previamente del cúmulo los que satisfizo, y el resto es lo que se divide à prorrata, porque no pueden tener incremento, ni decremento como estos.

34 Quedando barbechadas solamente, ò sembradas las tierras, sin aparecer los frutos, debe el succesor satisfacer à los herederos del predecesor los gastos hechos en sus labores, y siembra, y nada percibirán estos de la cosecha proxima futura, porque à causa de no estar mostrados, è ignorarse si nacerán, ò no, y haber muerto en tiempo que no se conocian, no adquirió el ultimo poseedor derecho à ellos; pues para el caso lo mismo es que muera, hechos solos los barbechos, que sembradas las tierras, una vez que no se vén nacidos los frutos al tiempo que fallece, porque no se reputan por tales hasta que nacen: y aunque luego aparezcan, como ya entonces tiene el succesor el dominio de las tierras por sí solo, y los frutos pendientes siguen el fundo, y se contemplan parte de él, por eso debe llevarlos integros, y cumple con hacer el expresado pago; à diferencia de quando están mos-

mostrados, pues en este caso como adquirió dominio en ellos, y en el fundo el tiempo que vivió, y este dominio se dividió, se deben dividir tambien, y prorratear entre los que lo tuvieren. Todo lo qual se entiende no pactando otra cosa unos, y otros interesados, pues en este caso será la ley su pacto, y se debera observar.

35 Con la misma proporcion, y equidad se deben repartir las pensiones que provienen de locacion, ò arrendamiento de las heredades vinculadas, y contarse no desde el dia en que se celebró el contrato entre el locador, y conductor, sino desde el tiempo, ò mes en que éste ha de recoger los respectivos frutos, y la naturaleza los pone en esta disposicion, porque como los labra por representacion de su dueño, se entiende practicarlo éste: y asi se ha de observar la propia regla que en quanto à los dotales está dispuesto por Derecho comun. De lo qual tratan muy bien el Señor *Molin. de Primogen. lib.* 3. *cap.* 11. *y Ayor. part.* 1. *cap.* 9. *ex n.* 6. *al* 13.

36 Pero si el poseedor del mayorazgo falleciere despues de recogidos los frutos por el colono, y antes que nazcan, y aparezcan los de la cosecha siguiente, ò despues de nacidos, llevará à proporcion del tiempo que vivió la pension correspondiente à esta cosecha, sin que para hacer el prorrateo sea necesario esperar à que llegue el de recogerlos el colono, porque no hay que pagarle, ni à los herederos del ultimo poseedor expensas algunas. Lo qual se limita en caso que el arrendamiento esté hecho à esterilidad; pues entonces no se puede hacer, hasta que los peritos con vista de los frutos al tiempo oportuno declaren quánto debe satisfacer el colono.

37 Siendo casas, ù otros edificios los bienes arrendados, ò juros, censos, ù otros efectos, y derechos semejantes, se han de prorratear sus alquileres, reditos, ò pen-

posiones, contando lo que vivió el poseedor desde el último dia en que cumplió el alquiler de la casa, ò el plazo de la escritura de locacion, consignacion, ò imposicion; y no se ha de atender à que el año sea civil, ò natural, porque los frutos de estos bienes como civiles, convencionales, y no naturales, corren todos los dias; no dependen de la naturaleza, sino de la voluntad, y convencion del hombre; se estipúlan los pagos de otra suerte muy diversa en las escrituras; y no hay que esperar al tiempo en que la naturaleza los produce, ni que prepararlos, ni expender en su beneficio, y cultivo lo que en las tierras, viñas, y olivares, para que los produzcan, ni mirar si están, ò no pendientes, porque jamás se vén, ni pueden ver mostrados, ni son parte de la misma cosa, como los naturales, aunque vienen por ella, lo qual es muy diverso; por lo que el Contador observará distinta regla, y se governará siempre por el plazo prefinido en la escritura para el pago. Cuyo método, y forma de dividir los frutos, y pensiones de bienes de mayorazgo observan los inteligentes por ser conforme à razon, y equidad, y como corrovorado por repetidas executorias tiene fuerza de ley; pues en lo ambiguo, ya sea por falta de ésta, ò porque si la hay no decide el caso con claridad, se ha de estar à la costumbre, segun dixeron los Jurisconsultos Calistrato en la 38. ff. *de Legib.* ibi: *Nam Imperator noster Severus rescripsit: In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere*; y Ulpiano en la 33. *eod. tit.* ibi: *Diuturna consuetudo pro jure, & lege in his, quæ non ex scripto descendunt, observari solet.*

CO-

§. V.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos pendientes de los bienes de marido, y muger, disuelto el matrimonio, ya sean libres, ò vinculados, y llevados à éste, ò adquiridos durante él por uno de los dos, ò por ambos.

38 HAbiendo tratado en el parrafo inmediato de la division de frutos de bienes vinculados, quando su poseedor, y el fundador del mayorazgo no dexaron muger, corresponde explicar en el presente, como se hará entre ésta, y su marido, ya sean vinculados, ò libres los que los producen: y en su exposicion digo, que en estos Reynos de Castilla no solo hacen suyos marido, y muger viviendo juntos, los bienes que con su industria, y trabajo compran, adquieren, y multiplican constante su matrimonio, segun con legal apoyo queda sentado en el cap. 4. de este libro, sino tambien los frutos que estos producen, y se encuentran por muerte de alguno de los dos, en caso que no renuncien los gananciales; pues renunciandolos, es visto renunciar igualmente los frutos, porque lo accesorio sigue lo principal.

39 Se amplía la conclusion referida à los frutos de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, ya sean muchos, ò pocos, ò el uno los lleve todos, y el otro ningunos: y à los de los que durante él heredan, ò adquieren ambos, ò cada uno por titulo lucrativo, y entran en su sociedad conyugal; pues los que de ellos sobran, y se hallan, disuelto el matrimonio, ya los bienes sean d[illegible],

ò parafernales, entregados, ò no al marido, ò castrenses, quasicastrenses, hereditarios, ò de otra qualquier calidad, sin excepcion, se comunican por mitad en estos Reynos de Castilla à emtrambos conyuges, como utilidades de su sociedad, segun se prueba de la ley 4. tit. 9. lib. 5. Recop. que dice: *Maguer que el marido haya mas que la muger, ò la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos à dos; y la heredad, y las otras cosas dó vienen los frutos, hayalas el marido, ò la muger cuyas antes eran, ò sus herederos*; y de la quinta del mismo titulo, y libro que en su segunda parte dice: *Pero que los frutos, y rentas de ellos, y de todos otros qualesquier oficios, aunque sean de los que el Derecho tuvo por casi castrenses, y los otros bienes que fueron ganados durante el matrimonio, y los frutos, y rentas de los tales bienes castrenses, y oficios, y donadíos, que ambos los hayan de consuno.* Lo qual era al contrario por Derecho comun, acerca de lo qual vease à *Gom.* en la ley 53. de Toro num. 70. y à los citados en el cap. 3. de este lib. num. 56. al fin.

40 Se entiende, y procede lo expuesto no solo quando acabados de recoger los frutos muere alguno de los dos conyuges, sino quando al tiempo de su fallecimiento están parecidos, y pendientes en los bienes comunes, ò en los libres propios del uno, aunque sean dotales, si el fundo es viña, huerta con arboles, olivar, monte de encinas, castañar, ù otra finca, que naturalmente produce sin precision de cultivo, ni industria: y asimismo aunque sea mere rustico, si en él está sembrado trigo, cebada, ù otra semilla; pues estandolo, son tambien comunes los frutos sembrados, y se han de dividir con igualdad, como si estuvieran cogidos, satisfaciendo comunalmente las expensas de cogerlos, (hasta cuya recoleccion han de estar

tar proindiviso) al modo que hicieron las de sembrarlos, segun se prueba de la ley 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso, y al principio dice: *Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ò muriere el marido, ò muriere la muger, establecemos, que si los frutos parescen en la heredad à la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo, è los herederos del muerto.*

41 Pero si los frutos no están parecidos, ò mostrados, ni la muger renunció los gananciales, se ha de distinguir: siendo de arboles, viñas, olivos, y otros semejantes, en que no es necesario hacer siembra para su produccion, pertenecen privativamente al dueño del fundo, en que están los arboles, cepas, olivos, ò cosas que los producen, porque como el conyuge no adquirió derecho à ellos, à causa de no tener sér, ni haber puesto trabajo en su produccion, no pudo adquirirlo despues de muerto; y asi deberá llevar unicamente la mitad del importe de las labores, que en ellos se hayan hecho, v. g. de caba, poda, &c. como prosiguiendo lo ordena dicha ley del fuero, ibi: *E sino aparecen, haya los frutos cuya fuere la raiz, è dé las misiones que fueren fechas en la labor al que las labró, y esto sea si la labor fuere viña, ò arboles.*

42 Y si fuere tierra, y estuviere sembrada, se partirán por mitad los frutos que despues nazcan, no obstante que no estén mostrados, segun se colige de la misma ley, ibi: *Cá si fuere tierra, è fuere sembrada, maguer que no aparezca el fruto à la sazon de la muerte partase por medio quanto ende hubiere:::* y la razon de diferencia consiste en que quando son arboles, viñas, olivos, &c. obra mas la naturaleza, que el trabajo, è industria, por lo que como el conyuge no lo tuvo, ò si alguno se hizo fue le-

ve, no adquirió derecho à ellos, y sí solamente à la mitad de gastos suplidos por ambos, en caso de haberse hecho alguna labor; pero en la tierra que se siembra no basta la virtud de la naturaleza, antes bien son indispensables la industria, y expensas: y como al tiempo de la muerte ya el conyuge habia puesto su trabajo, è invertido su caudal, y hecho quanto habia que hacer para la produccion, y dexado la tierra en perfecta disposicion para que ésta se verificase, por eso debe llevar la mitad de frutos, y esperar para su division à su recoleccion.

43 Siendo el fundo, ò heredad mere rustico, y estando barbechado, y no sembrado, cumple su dueño con pagar al otro conyuge la mitad de los barbechos, beneficio, y gastos hasta entonces hechos, con cuyo pago hace suyos integramente los frutos que luego siembre, y nazcan en él. Asi lo manda la citada ley en sus ultimos periodos, ibi: *E sino fuere sembrada, è fuere barbecho, el que no há nada en la heredad, haya la meitad de las misiones que fueren fechas en el barbecho.* De suerte que el importe de los barbechos se pone por caudal, se aplica su total al dueño del fundo en cuenta de su haber, y al otro se dá otra cosa en pago de la mitad que en ellos le corresponde. (1)

44 Si los frutos son de rebaños, ò animales productivos, se comunicarán como industriales à los conyuges en iguales terminos, no obstante que no estén nacidos, si existen en los vientres de sus madres, pues para su produccion mas obra la solicitud, trabajo, è industria, que la

(1) Ayor. part. 1. cap. 9. n. 1. Gom. en la ley 53. de Toro n. 71. Matienz. en la 4. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 4. Escobar de Ratiocin. computat. 20. n. final.

la naturaleza. (1) Todo lo qual es corriente en la práctica, por estar en uso en estos Reynos de Castilla la ley del fuero inserta; pues aunque por Derecho comun (2) se dispone lo contrario en orden à los frutos de los bienes dotales, no se observa.

45 Renunciando la muger los gananciales, y falleciendo en el año en que se casó, se deberá observar en la division de frutos de sus bienes dotales no estimados, lo que dispone la ley 26. tit. 11. Partid. 4. que tratando de ellos, dice: *E porque podria acaescer duda sobre los frutos de la dote, que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deben ser los de aquel año, en que se departe el matrimonio, queresmolo aqui mostrar. E decimos que los deben partir desta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año quantos meses, è quantas semanas duró el matrimonio en aquel año. E todos los otros deben fincar en salvo à la muger, è à sus herederos, si se ella finase, sacadas las despensas de aquel año, que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se debe comenzar à contar desde el dia que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, è fue entregada la dote al marido, quando acaesciese que en aquel mismo año que fuere fecho el casamiento se departiese. E la parte sobredicha que diximos que debe haber el marido, entiendese tambien de los frutos que fuesen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincasen por coger adelante en este mismo año. Eso mismo sería si fuese la dote de tal natura, que llevase dos ve-*

(1) Gom. ibi. al fin. Matienz. dicho n. 4. al fin. Montalv. en la ley del Fuero inserta. Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestras fol. 28. col. 2. Joann. Lup. in Rub. extra de Donation. inter vir. & uxor. §. 62. n. 11.

(2) Ley Divortio facto, ff. Solut. matrimon.

vegadas en el año fruto, ò si fuese à tal que en tres años no diese mas de un fruto. Lo mismo se deberá practicar en la Ciudad de Cordova, y en los Lugares que comprehende su Obispado, en los quales no adquieren gananciales las mugeres casadas, como advierte el Señor *Gregor. Lop.* en la glos. fin. de esta ley, y sobre su inteligencia vease à *Escobar* en la computacion 19. n. 10. y final.

46 En consequencia de lo expuesto en el numero inmediato, digo, que si la muger que renunció los gananciales, traxo à su matrimonio bienes raices, falleció sin dexar descendientes, v. g. à los quatro meses de casada, y en su testamento instituyó por herederos à sus padres, legando à su marido con arreglo à la ley 6. de Toro el tercio de sus bienes, y los frutos de los dotales estaban mostrados, mas no maduros quando murió, se dividirán à prorrata del tiempo que duró su matrimonio; y asi el marido como tal llevará la parte correspondiente à los quatro meses, pues los hizo suyos integramente, mediante no adquirir gananciales su muger, por lo que no se partirán con arreglo à la ley del fuero, respecto no usarse en dichos Lugares. (1)

47 Y por lo respectivo à las dos terceras partes de frutos de los ocho meses restantes, parece que como legatario del tercio de los bienes de su muger llevará tambien el de ellas. Pero lo contrario es lo cierto: y asi nada percibirá de frutos por razon de su legado; porque en el de tercio, quarto, quinto, ò de otra quota no vienen los frutos desde la muerte del testador, como en otros legados especificos, en que inmediatamente se transfiere en el legatario el dominio de lo legado, sino desde el tiempo

(1) Ley 26. inserta, y ley Divortio, ff. Solut. matrim.

po de la demora de los herederos. (1) Y la razon por que no vienen, es, porque el legatario no tiene la quota legada en qualquiera cosa hereditaria, ni se le transfiere su dominio, pues se le puede pagar en dinero, ò en algunos bienes de la herencia estimados, à arbitrio del Juez; (2) y asi por ignorarse quales le aplicará éste, ò el que en virtud de su comision evacue la particion, y no transferirsele por consiguiente su dominio, que es el que presta titulo para su adquisicion, no los llevará, como mas latamente explicaré en el cap. 2. §. 4. del lib. 2. de este tratado desde el num. 113. al 130. A mas de que el heredero no está obligado à tener los frutos del tercio en sus tierras, y criarlos, para que el marido lleve la tercera parte de ellos, hasta que maduren.

48 Pero es de advertir, y tener presente, que para la deduccion de esta tercera parte legada se han de considerar, y valuar no solo los bienes muebles, y raices que la muger dexó, sino tambien el aumento que estos recibieron con los frutos en el estado que se hallen al tiempo de su muerte: y despues de baxado, y separado lo que al marido corresponde como tal por razon de frutos, atendido el tiempo de su matrimonio, se agregará el resto de estos al valor de los bienes; y hecho un cuerpo, se sacará el tercio legado, para aplicarselo del mismo modo que si todos fueran bienes muebles, ò raices, y no hubiera frutos. (3)

49 Se limíta la conclusion sentada en los nums. 38. y 39. quando el marido antes de contraer matrimonio por pa-

(1) Ley Si quis bonorum, & ibi. Bart. & alii DD. ff. de Legat. 1. Parlador. different. 131. n. 13.

(2) Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 39.

(3) Ayor. part. 1. cap. 9. n. 2. y 3. Gom. en dicha ley 53. de Toro n. 33. vers. Adde tamen circa superiora.

palabras de presente, percibió frutos del predio de la esposa; pues estos aumentan su dote, y aunque vivan juntos no tocan al marido, pero si vistió, y mantuvo la esposa en el intermedio que se celebró la boda, y ésta tardó en efectuarse despues de contraidos esponsales de futuro, v. g. porque no tenia la edad competente para casarse, ò por otro motivo, ò se anularon los esponsales, y no se efectuó, hace suyos los frutos percibidos en compensacion de los gastos hechos en mantenerla. (1)

5o Se limíta igualmente quando el marido lleva al matrimonio, ò constante éste hereda, ò le donan algun fundo con frutos proximos à su recoleccion, pues estos aumentan su capital; por lo que si falleciere la muger antes que se cojan, los llevará el marido integramente como suyos: y lo propio sucederá à su muger si el fundo es suyo, por haberlo llevado inestimado en dote, ò heredado durante el matrimonio con frutos en estado de cogerse, pues como pendientes lo siguen, y son una cosa con él. Y si el dueño del fundo falleciere acabada de hacer la recoleccion, se observará lo mismo, sacando en este caso de su total valor la mitad de las espensas hechas en ésta para el otro conyuge, por haberlas suplido de su caudal, y lo liquido será para el dueño del fundo. Y aunque parece que estos frutos debian dividirse indistintamente por mitad, como los demás, no será asi, porque milíta diversa razon, y esla de no haberse sembrado, ni cultivado à costa de la compañia, ni nacido, ni sido producidos, ni aumentados en ella: y siendo como es el motivo de conceder la ley la mitad, el que se produzcan durante la sociedad,

(1) Ley 28. tit. 11. Partid. 4. ley Si ante nuptias, ff. Solut. matrimon. y ley Dotis fructus, ff. de Jure dot. Matienz. en dicha ley 4. tit. 9. lib. 5. glos. 1. n. 3.

dad, y se siembren, y cultiven à expensas de ambos conyuges, y no del uno solo (como se prueba de la ley 2. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, que cerca del fin dice: *Cá asi como la costa es comunal, asi lo que ganaren sea comunal de ambos*; y se colige de la 10. tit. 4. del mismo libro inserta en los precedentes numeros) cesando esta razon, debe cesar su disposicion, por no hablar en este caso.

51 Pero si los frutos estuvieren parecidos solamente en el fundo heredado por el marido, ò su muger, ò llevado inestimado en dote por ésta, y falleciere qualquiera de ellos antes, ò despues de su recoleccion, ¿se dificulta cómo se dividirán? A cuya dificultad (de que no trata la ley del fuero) satisfago diciendo, que el dueño del fundo llevará el valor que tenian quando lo entró en el matrimonio, y el aumento que tuvieren hasta la cosecha se dividirá por mitad, por haberse ganado durante la sociedad conyugal. (1) Y si el fundo dotal fue estimado con estimacion que causó venta, en este caso como que los frutos lo fueron con él, y se transfirió el dominio de todo al marido, los hará suyos éste, atento su obligacion de responder de su valor, y estimacion. (2)

52 Y si el fundo, ya sea del marido, ò de su muger, estuviere arrendado, y al tiempo de fallecer su dueño, ò el otro conyuge tuviere frutos pendientes sembrados, y beneficiados à costa del colono, se dividirá la pension, ò renta que éste debe pagar, à prorrata del que en aquel año natural duró el matrimonio, y la restante será privati-

(1) Ley Per hoc judicium 4. §. Sicut autem 3. vers. Plane, ff. Communi dividundo. Ayor. dicho cap. 9. n. 2. y 3. Escobar de Ratiocin. cap. y comput. 19. n. 6. Acev. en la ley 4. tit. 9. lib. 5. Recop. n. 27.

(2) Escobar ibi. num. 5. vers. Quod ad veritatem, y otros que cita.

tiva para el dueño del fundo, ò para sus herederos, y no se partirá por mitad entre los dos, porque el conyuge que no es dueño, no puso trabajo alguno en su siembra, cultivo, y beneficio, ni hizo gasto en ello, y como falta este requisito tan preciso, y no tiene dominio en el fundo, debe percibir unicamente utilidad de él mientras dura la sociedad, por cuya extincion espira el lucro, y su derecho à él; v. g. murió en fin de Enero, y la pension que el conductor paga anualmente son mil y doscientos reales, en este caso el dueño llevará toda la pension que se devengue desde primero de Febrero hasta Santa Maria de Agosto de aquel año, en que se coge la mies, y se estipúla el pago: y la vencida desde Santa Maria de Agosto del anterior, en que empezó el natural, hasta fin de Enero, se dividirá por mitad entre ambos conyuges, como socios. Lo qual procede, aunque el fundo sea de la muger, y el marido lo haya arrendado, porque en estos contratos, y otros semejantes, no obstante que el marido solo los celebre, siendo celebrados con buena fé, se conceptúan hechos por ambos para acrecentar las utilidades de la sociedad; pues como dueño de sus bienes, administrador legitimo de los de su muger, y cabeza de ésta, y de la sociedad conyugal, lo gobierna todo à nombre de los dos, y es lo mismo que si juntos concurrieran. Y si el arrendamiento fuere de viñas, olivares, ù otras cosas semejantes, se girará la cuenta contando desde la ultima cosecha hasta el dia del fallecimiento del conyuge; (1) y asi lo practican los Contadores inteligentes.

53 Siendo vinculados, ò de mayorazgo los bienes, cuyos frutos pendientes se han de partir, se debe distinguir: si estando ya casados recae en qualquiera de ellos el

(2) Ayor. dicho cap. 9. n. 4. y 5.

el mayorazgo, y los frutos esán proximos à su recoleccion, debe ser privativo del que entra à poseerlo, lo liquido que le toque en la particion con los herederos del ultimo poseedor, *deductis expensis*, sin que à ello tenga el otro conyuge el mas leve derecho, porque como no fue ganado à costa del trabajo de ambos, ni aumentado durante la compañia, porque ya se hallaban maduros, y perfecionados, no versa la razon, y motivo de la ley para su division por mitad. Pero sino estuvieren en esta disposicion, llevará la mitad de lo que toque al conyuge succesor, por el incremento que hayan adquirido, pues lo que valian hasta el dia inclusive que falleció el ultimo poseedor, toca à sus herederos, y desde alli en adelante al succesor, ò à su testamentaría, si muere antes que se dividan: baxandose, y pagandose proporcionalmente, asi por éste, y por su muger, como por la testamentaría del ultimo poseedor los respectivos gastos hechos en labores, siembra, recoleccion, y demás, y aplicando su importe à quien lo hubiere desembolsado: de suerte, que si el succesor, y su muger hicieron solamente los de recoleccion, y el ultimo poseedor todos los demás, ha de exigir cada uno ante todas cosas del total cúmulo los suyos, y el residuo liquido es lo partible, y respectiva, y proporcionalmente comunicable à la testamentaría del ultimo poseedor, y al succesor, y à su muger. Bien entendido, que para hacer esta division, se ha de contar siempre el año natural desde cosecha à cosecha, y no el civil desde Enero à Enero, por la razon en el num. 32. expuesta.

54 Si estando poseyendo el mayorazgo el marido, muere, dexando frutos pendientes en los bienes del que por sí labraba, tocará à su muger la mitad de lo liquido de ellos correspondiente al tiempo que su marido vivió, y tuvo el dominio, y posesion de sus fincas, pues lo de-

más hasta su recoleccion es del succesor, à cuya mitad no tiene derecho, porque en el instante que falleció su marido pasó el dominio de éstas à otro, lo qual no sucede quando son libres, porque se quedan en la herencia, y y como de ésta son partibles; por lo que, y porque continúa la sociedad conyugal, subsisten proindiviso hasta que se cogen los frutos: pues todos los interesados tienen derecho cumulativa, è indistintamente à todo lo partible, y à nada determinado; lo que al contrario siendo vinculados, porque inmediatamente se transfieren su dominio, y posesion en persona cierta, que es el succesor, el qual aunque sea hijo unico del poseedor, es reputado como extraño para el caso, porque no entra en la del mayorazgo por derecho hereditario como en los bienes libres, ni adquiere con este respecto su dominio, por no ser de su padre; por lo que no se puede decir que en quanto à sus fincas continúa la sociedad conyugal como si su padre viviera.

55 Si la muger es la que fallece, y el mayorazgo es del marido, toca à sus herederos por su representacion la mitad de lo liquido de dichos frutos pendientes, sin que se atienda à si vivió, ò no hasta su cosecha, porque como el dominio de los bienes queda en el marido, la ley del fuero la concede la mitad quando están pendientes, y son sembrados por ambos en sus bienes, sin distincion de libres, ò de mayorazgo: y aqui no hay translacion de su dominio à tercero como en el caso precedente; por eso lo mismo es que sean libres, que vinculados, pues militando igual razon, debe obrar la misma legal disposicion. Lo propio debe observarse para con el marido en los dos casos propuestos, quando fallece antes, ò despues de su muger, y el mayorazgo es de ésta, pues como correlativos se goviernan en quanto à los gananciales, y sus frutos

tos por una regla, excepto en los casos referidos en este capitulo, y en el anterior, en los que hay razon de disparidad.

56 Y si los bienes fructiferos del mayorazgo están arrendados, se dividirán las pensiones à prorrata del tiempo que vivió el difunto, y no mas, ya muera primero, ò despues su poseedor: y el difunto no llevará mas que la mitad de las devengadas en su vida, porque no puso trabajo, ni hizo gasto en sus labores, ni siembra, como en los casos precedentes, segun dexo sentado en el n.52. en quanto à los bienes libres: Y lo propio milíta siendo alquileres de casas, reditos de censos, juros, ù otros efectos semejantes por la misma razon. Previniendo, que por lo concerniente à las pensiones de bienes fructiferos se ha de contar el año natural de cosecha à cosecha: y por lo respectivo à las de censos, juros, casas, y demás efectos, ò consignaciones, al plazo en que cumple el contrato, y se deben satisfacer, por las razones expuestas en los numeros 35. 36. y 37. y es lo que practícan los inteligentes.

CAPITULO VI.

DE DONDE SE DEBEN BAXAR LAS arras, joyas, alimentos, luto, y vestido ordinario de la viuda, y el lecho quotidiano de ambos conyuges.

SUMARIO.

§. I.

1. *SEparados los capitales de los conyuges, y las deudas de su sociedad, y divididas las utilidades entre los dos, se han de baxar del haber del marido los peculiares debitos, que antes de casarse contraxo.*

2. *Se numéran entre estos debitos las arras, que ofrece, ù otro en su nombre à su muger futura soltera.*

3. *Puede ofrecerselas antes de casarse, y aumentarlas despues de casado.*

4. 5. *No puede ofrecerla mas que la decima parte liquida de los bienes libres, que tiene quando se casa.*

6. *No teniendo el novio bienes quando se casa, puede prometer arras à su esposa de los que en lo succesivo adquiera.*

7. *El novio menor puede ofrecer arras à la esposa como el mayor.*

8. 9. 10. *Ofreciendo el novio cantidad cierta en arras à la novia, y confesando cabe en la decima parte de sus bienes, y caso que no quepa, consignandosela en los que adquiera, ¿qué se la ha de aplicar?*

11. *Teniendo bienes el esposo al tiempo de casarse, y al de su muerte, si promete indistintamente en arras à su esposa la decima parte de ellos à su eleccion, ¿qué ha de mirar el Contador para su deduccion?*

12. *No solo puede el novio ofrecer arras à la novia soltera, sino à la viuda.*

13. *Ofreciendola el novio en arras mucho mas que la decima por titulo remuneratorio, ¿si valdrá, ò no?*

14. 15. *El novio que no tiene bienes libres, ¿si podrá ofrecer arras à la novia de los frutos de los vinculados, y cómo se han de graduar?*

16. *Ofreciendo el novio, y su padre cantidad determinada en arras à la novia, si muere antes que su padre, y la prometida no cabe en la decima parte de los bienes que dexa, ¿qué accion competirá à la novia, y contra quién?*

17. 18. *Si el novio ofreció à la novia la decima parte de los bienes libres, que como suyos poseía con buena fé, y despues le quitaron parte de ellos en juicio, ¿si tendrà, ò no cabimiento la oferta en mas que en los que le quedaron, dexando herederos legitimos?*

19. *Siendo engañado el marido en la cantidad que su muger prometió llevar en dote, no está obligado à pagarla enteramente las arras que en inteligencia de ésta la ofreció.*

20. al 23. *Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, ya haya, ò no gananciales, y la muger los renuncie, ò no, ¿qué ha de mirar el Contador?*

24. *Si al tiempo de la particion está casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras.*

25. 26. *Siendo el viudo el marido, y teniendo ascendientes, ò descendientes legitimos, ¿de dónde se deben deducir las arras?*

27. *Si el viudo con hijos ofrece arras à su muger se-*

segunda al tiempo de casarse, y por ultima disposicion la lega el quinto, ¿à qué tendrá derecho?

28. *El marido que se casa muchas veces, si podrá ofrecer arras à todas sus mugeres, ¿y cómo se han de deducir?*

29. *No queriendo el esposo dar, ni ofrecer arras à su esposa, ¿qué puede darla en joyas, ò preséas, y vestidos?*

30. *Si la ofreciere arras, y diere vestidos, ò joyas, debe escoger dentro de veinte dias de requerida por los herederos de su marido.*

31. *Habiendo consumido, ò deteriorado con el uso los vestidos que el marido la dió, puede dexarlos, y elegir las arras.*

32. 33. *¿Qué gana la esposa de presente, ò de futuro, disuelto el matrimonio, de lo que el marido la dió antes, ò despues de consumarlo, ya sea doncella, ò viuda?*

34. *Por el ingreso en Religion adquiere la esposa de presente, ò de futuro la mitad de todo lo que el esposo la dió, y entregó.*

35. *La novia puede dotar al novio, al modo que éste à ella.*

36. *Si la esposa diere algo al esposo de futuro, y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe bolverlo el esposo à sus herederos, ya la haya besado, ò no.*

§. II.

37. 38. *QUedando preñada la viuda, deben alimentarla los herederos de su marido, aunque sea rica, y no haya gananciales.*

39. *Si queda preñada, ¿qué deben practicar los parientes de su marido, para no ser perjudicados?*

40. *No habiendo quedado preñada, si subsiste con sus hijos, y todos gastan sin cuenta, ni razon del cúmulo de la hacienda, se han de deducir de éste los alimentos de todos.*

41. 42. *No se la deben ali-*

alimentos sino quedó preñada, ni con hijos, ni traxo dote, ni hay gananciales, ni aun quando los haya.

43. *¿En qué termino deben el marido, ò sus herederos restituir la dote, que consiste en bienes raices, ò en muebles, y dinero?*

44. 45. *Los herederos del marido deben alimentar à su viuda durante el tiempo prefinido por la ley, ò convencion para la restitucion de su dote, pero no à los herederos de ella.*

46. *Lo qual se limíta en cinco casos.*

47. *Para tener derecho la viuda à que la alimenten los herederos de su marido, ha de estar en su casa, si comoda, y honestamente puede vivir con ellos.*

48. *Pasado el termino legal, ò convencional para la restitucion de la dote no están obligados los herederos del marido à alimentar à su viuda, excepto en un caso.*

49. *Aunque la muger haya llevado dote, no están obligados los herederos de su marido à darla alimentos mas que hasta en el importe de los frutos de esta.*

50. *Si hubo gananciales en su matrimonio, y no traxo dote, no deben los herederos de su propio caudal darla alimentos durante la proindivision del comun.*

51. *Estando ausentes los herederos del marido, si su viuda se apodera de los bienes, y sin poder suyo vende los muebles, y semovientes, y cobra deudas; y los herederos intentan despues que reciba en pago de su dote el importe de lo percibido, y vendido, debe recibirlo, baxados sus alimentos.*

§. III.

52. *HAbiendo costumbre en el Pueblo de traer luto las viudas, deben los herederos del marido dar el ordinario à la de éste segun su calidad, y haberes.*

53. *Se ha de deducir este luto del cuerpo de la hacienda privativa del difunto,*

to, y no del quinto.

54. *Han de costear su luto de su privativo haber los herederos del marido.*

55. *Viuda, ¿si tendrá, ò no derecho à que se la abone el vestido ordinario?*

56. *Lecho quotidiano corresponde al conyuge superstite.*

57. *¿Qué se entiende por lecho quotidiano?*

58. 59. *¿De dónde se ha de deducir el lecho quotidiano, ya haya, ò no gananciales, y el testador dexe, ò no herederos legitimos?*

60. al 63. *Habiendo deudas contraidas durante el matrimonio, ò antes, y ningunos gananciales, ¿si tendrán derecho al lecho el viudo, ò viuda, con preferencia à los acreedores?*

64. 65. *En qualquiera tiempo que el superstite se case, debe restituir el lecho quotidiano à los herederos del muerto en el estado en que se halle.*

66. *Debe aplicarse al superstite el lecho en las mismas cosas de que se compone, y no computarse su valor, y darselo en dinero. Y lo mismo se debe hacer si el marido lega à su muger algun lecho fuera del legal, y tiene hijos.*

§. I.

COMO, Y DE DONDE SE HAN DE deducir las arras, ò joyas, y vestidos que el marido dá, ù ofrece à su muger futura.

1 SEparado del acerbo del caudal inventariado el importe de los respectivos fondos, ò capitales que los conyuges pusieron, y entraron en su conyugal sociedad; baxadas las deudas que mientras duró contraxeron; y liquidadas, y partidas con igualdad las utilidades, ò ga-

ganancias que resulten; lo que debe practicar el Contador partidor, es unir la mitad de estas à todo lo que por sus derechos toca à la muger, y la otra mitad à lo que por el suyo corresponde à su marido: y del total privativo haber de éste, y no del caudal comun deducir las deudas, que antes de casarse contraxo, por incumbirle peculiarmente, y no à la sociedad su satisfacion, como con legal apoyo dexo advertido en el cap. 3. §. 3. num. 68. de este libro.

2 Entre las deudas particulares del marido se incluyen, y numéran las arras que ofreció à su muger futura soltera, ò en su nombre su padre, ù otro con titulo de recompensa, cautela, y mayor seguridad de su dote, ò en remuneracion de su virginidad, y prendas personales; pues aunque es voluntario el darselas, ù ofrecerselas, por no obligarle à ello ley alguna, como he sentado en el cap. 2. de mi primera parte num. 27. y 28. pero despues de ofrecidas queda obligado eficazmente à su solucion, porque segun nuestro Derecho Real, (1) à quanto se obliga el hombre à tanto lo queda; por cuya razon se han de exigir de sus bienes propios, como deuda contra ellos, pues la muger las hace suyas, y por su muerte tocan à sus herederos legitimos, y extraños, sino dispone expresamente de ellas, (2) ò no intervino pacto contrario al tiempo de su oferta.

3 Puede el marido, ò esposo ofrecer arras à su esposa, ò muger antes de contraer matrimonio, y aumentarlas despues si ella aumenta su dote, y valdrá la promesa, con tal que no exceda de lo que la ley permite, pues

(1) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(2) Leyes 1. y 2. titul. de las Arras, lib. 3. del Fuero Real, y 3. y 4. tit. 2. lib. 5, Recop.

pues su constitucion no es donacion simple, sino *propter nuptias*; (1) y el marido no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso: y si ella se muere, y dexa hijos, mientras vivan estos, excepto que se las dé apreciadas, ò ella concurra al contrato de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de él, al modo que en la dote, porque tocan à sus herederos, como con legal apoyo he sentado en el cap. 2. de mi primera parte §. 1. num. 32. No me detengo en explicar en qué convienen, y se diferencian las arras (que oy son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, como subrrogadas en su lugar) de la donacion *ante nuptias*, que antiguamente se usaba, por no ser precisa su pericia al Contador: de ella tratan *Anton. Gom. en la ley* 50. *de Toro ex n.* 9. *al* 13. *Castill. en ella n.* 6. *vers. & nota*, y otros muchos, à quienes podrá ver, si quisiere.

4 Antes que trate del modo de deducir las arras, es indispensable explicar qué cantidad puede dar, ù ofrecer con este titulo el novio à la novia, ya tenga bienes libres, ò vinculados, ò ningunos quando se casa. Y para instruccion del Contador, digo, que ningun novio puede dar, ni ofrecer à la novia soltera por via de arras, ò donacion *propter nuptias* mas que la decima parte liquida, y efectiva (deducidas deudas) de los bienes libres suyos propios, que tiene quando se casa, (2) la qual puede consignar en el total de los que à la sazon tiene, ò en finca,

ò

(1) Ley Cum multi, §. Si igitur, y ley Si constante, & ibi. Bald. y Salicet. Cod. de Donation. ante nupt. y ley 1. tit. 11. Partid. 4. y § Est, & aliud institut. de Donation.

(2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, & ibi. Rodrig. Suar. y Montalv. Com. en la 50. de Toro n. 13. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 17. y 20. Martinez en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 1. n. fin.

ò alhaja que la importe, por no haber prohibicion legal. Lo propio milita para con el padre, ò madre del novio, pues tampoco pueden dar à su novia en arras mas que el diezmo de lo que de ellos herede su hijo, como lo ordena la ley 1. al fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, ibi: *E si el padre, ò la madre quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos.*

5 Aunque el novio ofrezca à la novia mas que la decima, y renuncie la ley del fuero que se cita, no vale su renunciacion, por ser prohibitiva por la utilidad pública, ni tampoco la oferta en el exceso; y asi el Contador no la debe abonar éste, ni en ellos puede dispensar el Consejo de la Camara: y el Escribano que autoriza instrumento con renunciacion especial, y especifica de ella, incurre en perdimiento de su oficio, del qual no puede usar mas, sopena de falsario. (1) Pero no incurrirá en ella no siendo especial la renunciacion, no obstante que contenga la general de las leyes del favor del otorgante, porque las cosas que son dignas de nota, ò especial atencion no se comprehenden en la renunciacion, sino se expresan, y mucho menos en lo penal, y correctorio. (2) Y si la promesa se corrobora con juramento, dicen algunos que valdrá en el exceso de la decima, porque la prohibicion se estableció à beneficio del marido, el qual puede renunciarla con él. (3) A mas de que la ley del fuero no habla de

(1) Leyes 2. y 5. cap. 2. tit. 2. lib. 5. y Auto 4. §§. 24. y 25. tit. 12. lib. 7. Recop. Gom. ibi. n. cit. Matienz. ibi. n. 1. y sig. glos. 2.

(2) Arg. leg. Item apud Labeonem, §. Hoc edictum, ff. de Injuriis. Castill. en la ley 50. de Toro verb. Renunciar n. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 3. n. 1.

(3) Gom. ibi. vers. Item si talis. Gutier. in Authent Sacramenta puber n. 23. y de Juram. confirm. cap. 14. n. 2. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 29. n. 6. y 12. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 6. Acev. en ella n. 12. Castill. ibi. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 19.

de este caso, y por la 12. tit. 1. lib. 4. Recop. se permite interponer juramento en este contrato, como he sentado en el cap. 16. Tom. 3. de mi primera parte n. 12. sin que por ello incurra el Escribano en pena alguna: pero yo entiendo lo contrario, y que la permision de la ley 12. se circunscribe à afirmar mas con el juramento lo que permite la ley del fuero, y no el exceso, como expone *Gutier.* en el lugar que se cita n. 4.

6 Sin embargo de que el novio ningunos bienes tenga quando se casa, puede prometer arras à su esposa de los que en lo succesivo adquiera, y valdrá la promesa en la decima parte liquida de ellos, como lo dice la ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, ibi: *Si alguno fuere tan pobre en el tiempo que casare, que no obiere de que dar arras, è prometiere à la muger con quien casa, que gelas dará de aquello que despues ganare: mandamos, que quando quier que demandare à su marido que le entregue las arras que le prometió, que se las dé, de guisa que no le dé mas del diezmo de quanto obiere al tiempo que gelas demandare.* Pues entonces se atiende al tiempo en que se piden, y no al en que se prometieron; (1) y asi se practica, porque à todos está permitido obligar sus bienes futuros, al modo que los presentes, al cumplimiento del contrato que celebra.

7 Asi como el novio mayor de veinte y cinco años, y capáz, puede dar, ù ofrecer arras à la novia, asi tambien el menor de ellos hasta en la cantidad referida, sin que sobre ello deba ser restituido, porque hace lo que qualquiera mayor, y prudente haria. (2) Lo qual se entien-

(1) Gom. ibi. dicho n. 13. Matienz. ibi. glos. 1. n. 5. Baez. cap. 31. n. 10. al fin. Ayor. dicho cap. 7. n. 18.

(2) Arg. leg. Non videtur, Cod. de In integrum restitution. ley 1. Cod. Si adversus donation, y ley Cum plures, §. fin. ff. de Administrat. tutor.

tiende quando no tiene curador, pues teniendolo, ha de intervenir su autoridad, y de lo contrario será nula la donacion, y promesa. (1) Y se entiende tambien quando la donacion consiste en dinero, ò en cosas que guardandolas, no pueden conservarse: pues consistiendo en bienes raices, no basta la concurrencia de su curador, por ser indispensable licencia, y decreto judicial. (2) Bien que si ésta no interviene, y pasan cinco años despues de los veinte y cinco sin reclamarla, se confirma, y queda eficáz, al modo que la enagenacion de cosa inmueble que se hace por titulo oneroso. (3) Lo qual tendrá presente el Contador.

8 Ofreciendo el novio à su futura esposa cantidad cierta en arras, confesando que cabe en la decima parte de los bienes libres, que entonces tiene, y caso que no quepan, haciendole la consignacion en los que en adelante adquiera, aunque quando contraxo matrimonio no cupiesen en ella, si al tiempo de su disolucion tienen cabimiento, se la deben aplicar, ò lo que quepa, (4) al modo que quando ningunos tiene, y le ofrece la decima de los que tenga, como dexo sentado en el n. 6. pues los pactos nupciales son válidos, y se deben observar no estando expresamente prohibidos por Derecho. (5) Y lo propio milí-

ta

(1) Ley Si curatorem habens, Cod de In integrum restitut. y ley 2. y ley Mulier 28. Cod. de Jure dotium.

(2) Ley Lex, quæ tutores, Cod. de Administrat. tutor. y ley Prædia, Cod. de Prædiis minor.

(3) Ley final, Cod. Si major factus alienationem factam. Gom. en la 50 de Toro n. 14. Matienz. en dicha ley 2. glos. 1. n. 3. Sr. Covar. Pract. cap. 28. n. 10.

(4) Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18. Rodrig. Suar. en la ley 1. y Montalv. en la 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Villadieg. in Polit. cap. 7. de la instruccion n. 17.

(5) Ley unica, §. Illud, Cod. de Rei uxoriæ action. & ibi. Barbos. Fontanel. de Pact. nuptial. part. 12. glos. 8. n. 54. Guerreir. de Division. lib. 8. cap. 5. n. 1. al 3.

ta para con qualquiera pacto permitido, v. g. si dice *que en el caso de que su esposa premuera, ha de entenderse nula la oferta, y no exigirsele su importe aunque dexe herederos forzosos*, ù otro semejante; por lo que el Contador para abonarla, ò dexarla de abonar, ò à sus herederos las arras, debe tener à la vista lo capitulado en las escrituras nupciales, y arreglarse à ellas.

9 Pero si en la escritura de promesa no habló de sus bienes presentes, ni futuros, y solo dixo simplemente, *que ofrecia en arras à su esposa tanta cantidad*, y al tiempo que se la prometió, no cabia en la decima de sus bienes, ò por ser pobre ningunos tenia, no valdrá la oferta en la decima de los que despues adquirió, porque en los contratos siempre se presume que cada uno se quiere gravar, y à su heredero en lo menos que pueda, y asi à esto se reduce la suma. (1)

10 Se entiende lo explicado en el numero inmediato, aunque el novio obligue en la escritura sus bienes presentes, y futuros: pues por esta obligacion general no se induce que quiso ampliar la promesa à mas de los que tenia quando la hizo, porque esto mas es seguridad de la precedente, que ampliacion, y extension de la promesa: y las palabras que se refieren à la execucion no alteran, ni mudan la disposicion. (2) Lo qual tendrá presente el Contador, pues puede suceder este caso, y si lo echa al ol-

(1) Ley Semper in stipulationibus, ff. de Regul. jur. ley Cum certum, ff. de Tritico, & oleo legat. y ley Si quis à filio, §. 1. ff. de Legat. 1. Ayor. dicho n. 18. vers. Sed quid erit.

(2) Clementin. 1. de Præbend. Alex. in leg. Quæ dotis 34. n. 12. y Jason n. 41. ff. Solut. matrimon. Bart. in leg. Lucius n. 3. ff. de Alimen. & cibar. legat. & in leg. Inter stipulantem 83. §. Sacram n. 6. ff. de Verbor. obligation. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 38. vers. Tertia conclusio. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 5. n. 34.

olvido, perjudicar al marido, ò à sus herederos.

11 Si al tiempo que el marido, ò esposo ofreció la arras à su futura esposa, y al de su muerte tenia bienes, y la prometió indistintamente à su eleccion la decima parte de ellos, se ha de atender, y mirar para su deduccion, y abono al que sea mas util à la muger, ò à sus herederos, (1) porque tienen accion à elegir el que quieran, segun les convenga, con arreglo à la promesa, y obligacion del promitente, para lo qual han de hacer constar qué bienes tenia en ambos tiempos, al modo que quando la muger posee las arras que le dió su marido, incumbe à los de éste probar que exceden de la decima, para anular el exceso, (2) como dicen los Autores. Y si su oferta se limitó à la decima de los que entonces tenia, y eran suyos, no se debe ampliar à los que despues adquirió, porque no los obligó.

12 No solo puede el novio ofrecer arras à su futura esposa, siendo soltera, sino tambien siendo viuda, sin diferencia, porque no se deben por Derecho, ò *ex necesitate legis*, sino por pacto voluntario, y contrato celebrado entre los dos, que debe observarse, por no haber prohibicion de que se la den, ni ofrezcan, segun se colige de la ley 1. tit. de las Arras lib. 3. del Fuero Real, que dice: *E si la muger obiere fijos de dos maridos, ò de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre: de guisa que los fijos de un padre no partan las arras que dió el padre de los otros.* Y aunque la tercera del mismo titulo habla de la manceba, (que entonces llamaban asi à la que

(1) Castill. en la ley 50 de Toro n. 9 vers. Secundo casu. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 18.

(2) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Arras lib. 3. del Fuero Real fol. 6. vers. Circa hanc partem al fin. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 6. n. 7. Matienz. en dicha ley 2. glos. 2. n. 7. y 9.

que ahora doncella, ò soltera) es porque por lo regular mas se ofrecen à las doncellas, que à las viudas; pero si el novio las diere, ù ofreciere à éstas, las harán suyas como aquellas; (1) lo que se previene al Contador para que haga su deduccion, y abono.

13 Ofreciendo el novio à la novia mucho mas que lo que importa la decima parte de sus bienes, (v. g. siendo viejo, y rico, y ella joven, hermosa, pobre, y noble) no por via de arras, sino como dote en premio, y remuneracion de su nobleza, hermosura, y juventud, valdrá, porque es donacion remuneratoria, la qual está permitida, (2) y no simple, que por Derecho está prohibida entre marido, y muger: (3) por lo que se la aplicará, con tal que si tiene descendientes legitimos, no exceda del quinto, y si ascendientes, del tercio, en que respectivamente los puede perjudicar. (4) Y sin embargo de que algunos dicen que esto es defraudar la ley so color de remuneracion, se debe seguir (no obstante) lo expuesto, excepto que se pruebe haberse hecho con este animo, porque una cosa es dar dote, y otra muy diversa dar arras: pues aunque la dote que el padre dá à su hija, y las arras que el novio dá, ù ofrece à la novia tienen tasa por las Leyes Reales; mas no la que el marido, ù otro extraño dan à la muger: y asi no excediendo en el caso propuesto del tercio, ò quinto, valdrá.

Aun-

(1) Palac. Rub. in Repet. fol. 7. col. 3. vers. Advertendum. Rodrig. Suar. en dicha ley 1. fol. 25. vers. Præmite. Gom. en la 50. de Toro n. 13. cerca del fin. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 7 n. 32.

(2) Ley Quod autem 7. §. Si vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(3) Leyes 1. 2. y 3. ff eod tit. y ley 4. tit. 11. Partid. 4. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 30. y 31. Gom. en la 50. de Toro n. 66. y lib. 2. Var. cap. 4 n. 23. & ibi. Aillon.

(4) Garcia de Donation. remunerator. n. 42. Sr. Covar. lib. 4. Decretal. part. 2 cap. 3. §. 3. Cevall. in Specul. Pract. quæst. 273. y 502. Acev. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. n. 11. Padador. different. 125. n. 10.

14 Aunque el novio no tenga bienes libres, puede ofrecer arras à la novia, no de los vinculados, ò sujetos à restitucion, sino del usufructo, ò aprovechamiento que renten. Y para hacer esta regulacion, y capital, se tendrá presente su liquido efectivo producto annual, y lo que podrá vivir el novio, segun su edad, y robustéz: y atendido esto, se formará un capital à modo de censo vitalicio personal à razon de diez mil el millar, por ser por una vida, conforme à la ultima Ley Real que de estos censos trata.(1) V. g. producen los bienes ocho mil reales annuales liquidos, y el marido, segun su edad, y robústéz, podrá vivir diez años: en este caso se forma capital de ocho mil reales à razon de ochocientos por año, que es la decima de ellos, y en los diez años componen los ocho mil, los quales podrá ofrecer en arras à su muger futura; y si se conceptuare que puede vivir mas, será mayor la oferta, aumentando por cada año la decima parte liquida de la renta de su mayorazgo. (2)

15 Pero es de advertir, que para tener derecho la muger à estas arras, se han de pactar al tiempo de casarse, pues disuelto el matrimonio no puede pretenderlas à pretexto de que el marido pudo ofrecerselas, ni el Contador se las debe abonar, sino precedió el pacto: y habiendo precedido, deberá inspeccionar si están, ò no arregladas à la ley citada, porque aunque hay otra anterior, que prefine los reditos à razon de siete mil el millar, (de la qual hablan los Autores, por ser la que en su tiempo estaba creada) no debe observarse à causa de estar corregida

(1) Ley 12. tit. 5. lib. 5. Recop.

(2) Ayor. dicho cap. 7. n. 26. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 19. n. 41. Gutier. lib. 4. Pract. quæst. 65. al fin. Sr. Solorzan. de Jure Indiar. tit. 2. lib. 2. cap. 2. n. 51. Escobar de Ratiocinis computat. 2. n. 5.

da por la referida, que es posterior, y mandar ésta que no pueda ser mayor el redito, pena de nulidad del contrato, y de privacion de oficio al Escribano que lo autorice, ni pedirse mas en juicio, ni fuera de él.

16 Ofreciendo el novio, y su padre, ù otro en virtud de poder de ambos, cantidad determinada en arras à la novia, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad prometida no cabe en la decima parte de los bienes que dexa, se pregunta, ¿si la novia ya viuda tendrá que contentarse con la que quepa, ò repeticion contra su suegro por el residuo? Y se responde que de los bienes de su marido sacará la decima, y por el resto le competirá el regreso contra su suegro, porque éste se obligó omnimoda, è igualmente, y como obligado debe pagar lo que falte. Sin que sirva alegar que lo hizo en nombre de su hijo, que estaba en su poder, y que su obligacion no se estiende à mas que à las facultades de éste; porque viene à ser como fiador de su hijo: y por ser oneroso el contrato matrimonial que impele à disponer de la persona, y tal vez à no intervenir la oferta, no lo hubiera contraido la novia, debe responder en defecto de bienes suficientes de su hijo, à cuyos hijos si los dexare, se cargará su importe en la particion de los de su abuelo, no disponiendo este otra cosa arreglada à ley. Lo qual practiqué en la particion de bienes del primogenito de un Grande, y sin embargo de la reclamacion se aprobó judicialmente: y luego se cargó su importe à los nietos quando se dividieron los de su abuelo, porque éste habia hecho la oferta por contemplacion de su hijo. Pero si en la escritura de promesa se limitare la oferta al caso en que quepa en la decima de los bienes que tenga el novio quando muera, y no mas, entonces llevará unicamente lo que quepa, y de nada deberá responder el suegro.

Si

17 Si el novio ofreció à la novia la decima parte de sus bienes libres en inteligencia de que eran suyos, porque los poseía por tales con buena fé, y despues de casado le quitaron parte de ellos en juicio sus verdaderos dueños: parece que dexando herederos legitimos, no tendrá cabimiento la oferta en mas que en la decima de los que realmente le quedaron, porque el marido no pudo ofrecer decima de otros, que de aquellos en que tenia pleno dominio; y siendo como es constante, que la decima se entiende, y debe deducir de lo liquido, y efectivo del caudal del promitente, baxadas deudas, como queda sentado en el num. 4. por no llamarse, ni ser suyo lo demás; se sigue que verificandose luego no serlo los que su legitimo dueño reivindicó, y quitó al novio, no debe llevar decima de ellos la novia. (1)

18 Pero no obstante estas razones, que en mi concepto concluyen, la opinion contraria tiene mayor séquito: Lo primero, porque en el nombre de bienes se incluyen, y comprehenden los que poseemos con buena fé, aunque sean agenos. (2) Y lo segundo, porque por la oferta pudo condescender la novia en casarse, lo que tal vez no haria, à no intervenir, y no es justo sea defraudada: por lo que, y por ser deuda contra el caudal del marido contraida en tiempo habil por contrato oneroso, que obliga à disponer de la persona, dicen los Autores, (3) que valen las arras ofrecidas, aunque las facultades del marido se hayan disminuido por la razon expuesta, ò por otra, pues

(1) Ayor. part. 1. dicho cap. 7. n. 22. al 25.

(2) Ley Bonorum appellatio 49. ff. de Verbor. signification.

(3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 13. vers. Ex quo infertur. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 28. n. 4. y cap. 31. n. fin. Matienz. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 4.

pues se atiende al tiempo de la oferta, y no al de su exaccion, y peticion; al modo que quando ningunos tiene, y ofrece de los que adquiera, se atiende al en que se piden, y no al de su promesa, y asi se las abonará el Contador.

19 Siendo engañado el marido en la cantidad que la muger prometió llevar en dote, ya sea porque realmente no la llevó, ò porque aunque aparezca importarla los bienes, en que consiste segun su valuacion, resulta lesion en ésta, (como regularmente acontece) ò por otro medio se verifica engaño, no está obligado à pagarla enteramente las arras, que en inteligencia de la dote que prometió llevar, la ofreció; (1) y asi le competirá excepcion de retencion de ellas hasta en la cantidad en que fue engañado, por el dolo cometido, segun se prueba de la ley 3. Cod. *de Donation. ante nuptias*, que dice: *Pollicitatione à fratre quondam tuo sponsalium causa facta, & si in stipulationem deducta sit, ideo præstanda non fuit, quoniam in dote uxor maritum fefellit: exceptionem itaque doli adversus actionem ex stipulatu recte objicies.*

20 Para la deduccion de las arras del primer matrimonio del marido, se ha de mirar si éste las dió, ù ofreció à su esposa. Si las dió por aumento de dote, y ella las incorporó en este concepto en su carta dotal con los demás bienes suyos indistintamente, entonces como que son dote, y no arras, se han de deducir del cuerpo de caudal al propio tiempo que ésta, sin diferencia: (2) pues no está prohibido al esposo hacer donacion à su esposa antes de casarse para aumento de su dote, y gozará de su privilegio del mismo modo que si otro qualquiera se

13

(1) Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Arras lib. 3. del Fuero Real. Ayor. dicho cap. 7. n. 34. Valasc. consult. 3. Gam. decis. 370. n. 2.

(2) Ayor. dicho cap. 7. n. 16.

la hiciera, porque en el instante que se la hace, se transfiere irrevocablemente en ella el dominio de lo donado, y se constituye caudal suyo, como lo demás que tiene: y como unido, y confundido todo, goza de un mismo privilegio desde la tradicción al marido por dote, y celebracion del casamiento.

21 Aunque se las haya dado, sino las incorporó en el contrato dotal, pero las entró en el matrimonio como caudal suyo, y en él las consumió, empleandolas en la manutencion de las cargas matrimoniales, ò en otra cosa util à la sociedad conyugal, y consta esto, se deducirán como bienes suyos despues de la dote, al modo que los parafernales, y hereditarios, pues se constituyó dueña de su importe por la entrega; y por haberlas invertido en el matrimonio, se deben deducir antes que los gananciales, como parte de fondo de la sociedad. Lo que al contrario, si las consumió en usos propios, y agenos de ésta, pues no tendrá derecho à su deduccion, ni abono, al modo que se hace en los bienes parafernales, quando no los entrega à su marido, como dexo expuesto en el cap. 3. de este libro num. 43. y 44.

22 Si solamente se las prometió, ya sea en el mismo dotal contrato, ò en otro separado, se ha de distinguir: ò hay gananciales, y la muger los renuncia, ò no. Sino los hay, se han de baxar del caudal propio del marido hasta en la decima, y no mas, como una de las deudas contra éste, que debe responder de ellas. Si los hay, y la muger los renuncia, lo mismo es sacarlas del cuerpo de la herencia despues de la dote, que del caudal restante, sin distincion de si son, ò no del capital del marido, porque entonces todo es de él, y no se la hace agravio, pues no se la pagan de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales.

Pe-

23 Pero si los acepta, en este caso despues de baxados la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido, y la mitad de gananciales que la tocan, se une numericamente la otra mitad de éstos al capital del marido: y hechas un cuerpo estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la decima el importe de las arras, (y no mas, aunque la oferta exceda à ésta) como deuda contra él, y el liquido residuo es el legitimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, gananciales, y demás derechos tocantes à la muger, y lo que sumen es lo que la tocará, en caso que su marido nada la haya legado; porque si la legó algo, esto mas debe llevar, no excediendo del quinto, si tiene descendientes legitimos, ò del tercio, si ascendientes; pues de baxarse las arras antes de dividirse los gananciales, se la satisfacia de éstos la mitad de su importe, en la que se la perjudicaba, y como deuda contra su marido debe salir de sus bienes privativos, y no del globo, o cúmulo de aquellos, cuya mitad integra la concede el Derecho, (1) segun dexo sentado.

24 Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la muger, se la debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque ésta toca à los hijos del marido, y debe reservarsela, (2) como diré en el cap. 5. del lib. 2. de este tratado. Y aun quando no lo esté, debe contener su adjudicacion el aditamento: *de que en caso de bolverse à casar dentro, ò fuera del año de su viudedaz, deberá reservar su propiedad à los herederos del primer marido, segun por Derecho se preceptúa, y está obligada.* Lo que tendrá presente el Con-

ta-

(1) Ayor. dicho n. 16.

(2) Ley Fœminæ, Cod. de Secund. nupt. ley Mater quæ, Cod. ad Tertillian. y ley 26. tit. 13. Partid. 5. Ayor. ibi. n. 21.

tador, pues por carecer de esta expresion las adjudicaciones, suelen no usar de su derecho los herederos del marido, como ignorantes de él, y quedan perjudicados.

25 Siendo viudo el marido, se ha de mirar si tiene, ò no hijos del anterior, ò anteriores matrimonios. Sino los tiene, se observará lo propio que siendo soltero sin diferencia, pues uno, y otro pueden ofrecerla arras, ò en su defecto hacerla otra donacion quando se casan, y luego legarla por ultima voluntad el quinto, porque como al tiempo de casarse nadie tiene adquirido derecho à sus bienes, se les permite donar de ellos la parte que quisieren, con tal que no exceda de lo prefinido respectivamente por las leyes: y asi se estimará su importe por caudal suyo, y como deuda contra éste se deducirá de su total, y el quinto del residuo no padecerá diminucion, ni las arras se imputarán en él, por no ser visto haberlas ofrecido con animo de defraudar à los hijos que procrease, y sí con el de procrearlos por natural afecto, y para manifestar à su madre el que la profesaba, y estimularla, y obligarla por este medio à que se esmerase en su cuidado, y crianza; por lo que los que nazcan no revocarán la oferta de ellas.

26 Y si los tiene, se han de deducir las arras del quinto de sus bienes, que es de lo que se le permite disponer en vida, y muerte por la ley 28. de Toro, teniendo descendientes legitimos: y si ascendientes, del tercio, segun la ley 6. tambien de Toro, y no del cuerpo de su caudal privativo por las razones expuestas en el cap. 2. de mi primera parte n. 31. y asi hasta en su importe se compensará el quinto, ò el tercio con ellas. (1) Todo lo qual se

(1) Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 43. Garcia de Donation. remunerator. n. 41. y 42. Parlador. different. 125. n. 11. al 13. Angul. de Melioration. in leg. 12. glos. 1. n. 17. y 18. Ceball. in Specul. Pract. quæst. 273. y 502.

se debe observar, y observa no obstante decir *Ayor. part. 2. quest. fin. n.* 56. que no se sacarán del quinto, si segun la costumbre de la tierra no pudo el marido dexar de darlas à lo menos sin desdoro suyo: pues ninguno se le irroga de no darlas, ni ofrecerlas, ni está obligado à ello por titulo alguno, sino quiere, antes bien es acto voluntario, y su debito procede de la libre promesa del marido, y mas de urbanidad, y liberalidad, que de obligacion coactiva: (1) y asi como no puede, ni debe perjudicar en mas que en el quinto à los que tienen adquirido derecho à sus bienes por ser legitima suya las quatro partes, tampoco el Contador en la deduccion que de ellas haga. Y lo propio milita para con las joyas, ò preséas, y vestidos, por la misma razon.

27 De lo explicado en el numero inmediato se deduce, que si el marido viudo con hijos, u otros legitimos descendientes, ofrece cantidad determinada, ò indeterminada en arras al tiempo de casarse à su futura esposa, aunque sea con titulo de remuneracion, y por ultima disposicion la lega el quinto integro, tendrá derecho à éste solamente, viviendo los hijos, que quando se casó tenia su marido, ò alguno de ellos, ù otros descendientes legitimos de ellos, ya importe mas, ò menos que la cantidad prometida al tiempo de la boda. (2) Y la razon es: Lo primero, porque quando hizo la oferta, ya estaba privado de disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte, por prohibirselo expresamente la ley 28. de Toro, teniendo

(1) Ley ultim. al fin, Cod. de Donation. ante nupt. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 46. n. 12. Sr. Covar. in cap. Officii n. 4 de Tes. tam. Tello en la ley 16. de Toro n. 8. Angul. ibi. n. 16.

(2) Bayo Prax. Eccles. lib. 2. part. 3. quæst. 89. Angul. en dicha ley, y glos. n. 18. Garcia de Donation. remunerator. dicho numer. 42.

do descendientes legitimos, y no ser suyo lo demás, sino de éstos, como he sentado en el cap. 2. de mi primera parte n. 31. Lo segundo, porque de permitirsele uno, y otro en este caso, no solo infringia esta ley, que es posterior à todas las del fuero, sino que à pretexto de la dotacion, y por beneficiar à la madrastra, ò madrastras, defraudaba en la decima, ò cantidad prometida à sus descendientes legitimos, que antes que se bolviese à casar, ya tenian adquirido derecho à todos sus bienes, excepto el quinto, y eran quasi dueños de ellos; y si se casaba muchas veces, apenas les quedaria herencia. Lo tercero, porque las leyes del fuero corregidas por la citada de Toro, están en titulos posteriores al que trata de las arras, aunque en un mismo libro: pues el de éstas es el segundo, y los de aquellas son el quinto, y duodecimo del lib. 3. y asi corregidas éstas, se entienden corregidas las anteriores, excepto en lo que se dexen, y estén en su vigor. Lo quarto, que aunque se alegue que no se entienden corregidas, porque las arras se dan, y ofrecen por contrato oneroso, y los legados, y donaciones son puramente lucrativos, no obsta, pues no hay tal onerosidad, sino para el marido, de cuya voluntad, y no de obligacion coactiva depende el darlas, ò no, como he sentado en el numero anterior. Y lo quinto, porque aunque el contrato de arras fuera oneroso de parte de la muger, y hubiera ley del fuero, que permitiese donarla todo en el caso propuesto, tampoco subsistiria, porque las leyes del fuero solo tienen fuerza de tales en donde, y en lo que son usadas, y guardadas, segun lo ordena la primera de Toro; y respecto no usarse, ni aun hablar de él ninguna, no debe contraerse à él la disposicion, y permision de las demás, lo qual es justo; y aunque algunos preocupados, y poco instruidos digan lo contrario, no debe seguirse. Otras

razones expongo en dicho cap. 2. y num. 31. que puede ver el Contador. Lo propio milita para con el tercio, teniendo ascendientes legitimos: bien entendido, que en uno, y otro caso se han de hacer respectivamente del quinto, ò tercio las deducciones del funeral, Misas, entierro, y legados, en la forma que en los cap. 1. y 4. §§. 2. y 6. §. 3. del lib. 2. de este tratado explicaré.

28 Casandose el marido muchas veces, dice *Parlador. different.* 125. *n. fin.* con apoyo de la ley *Cum aliis* 4. *Cod. de Secund. nupt.* y de la *Authent. de Nuptiis*, §. *Sed neque*, *collat.* 4. que puede ofrecer en arras à todas sus mugeres la decima parte de sus bienes; pero no explica el modo de hacer su deduccion, ni cómo se entiende esta decima segun nuestro Derecho Real. Y para que si ocurre el caso no yerre el Contador principiante, digo, que si ofreció à todas la decima, se ha de graduar por los respectivos bienes, que por muerte de cada una le tocaban, y percibiria à haberse hecho particion: y no constando à quánto ascendian, entonces como que son creditos de una naturaleza, y privilegio, el primero en tiempo lo será en Derecho, por lo que los hijos de la primera sacarán la decima de todos los que dexe; y los de la segunda la del residuo, y asi irán descendiendo: v. g. dexó cien mil reales liquidos, llevarán los de la primera diez mil, que son la decima de ellos, y baxados, quedan noventa mil, de los quales sacarán su decima los de la segunda, &c. Y si à alguna, ò algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si las cabe, ò no; y asimismo si la consignó en sus bienes presentes, y futuros, ò solamente en los presentes: sino cabe, se abonará lo que quepa, y no mas: y si cabia en los que tenia quando la ofreció, y no en los que dexa, se la abonará el total, con tal que no se grave la legitima de los hijos anteriores, pues en perjuicio de és-

ta

ta nada mas que el quinto pudo donar, ni ofrecer. Lo qual se entiende, y limíta para con los de la primera, pues si cabia la cantidad ofrecida en la decima de los que poseía al tiempo de casarse, como entonces nadie tenia adquirido derecho à ellos, se debe deducir integra, y abonarsele como deuda contra el caudal de su padre, sin cuya deduccion no hay herencia paterna.

29 No queriendo el esposo, ò marido futuro dar, ni ofrecer arras à su futura esposa doncella, ò viuda, puede darla joyas, ò preséas, y vestidos antes de desposarse, ò despues. Bien entendido, que el importe de todas estas cosas juntas no debe exceder de la octava parte del de la dote verdadera, numerada, y no confesada, que con ella recibiere: que todos los contratos, pactos, y promesas que en contrario se hicieren, son nulos, y el exceso se debe perder, y aplicar al fisco: y que no se puede renunciar la ley que lo ordena; y el Escribano ante quien se otorgue la escritura tiene obligacion de dar cuenta del tal contrato à la Justicia del Lugar en que se celebrare, y ésta de executar la pena, y aplicacion, y sobre ello se les debe residenciar. (1) Y si tiene hijos de otro matrimonio no deben exceder del quinto de sus bienes, y si exceden es ineficáz la donacion aunque se vigorice con juramento, porque cede en perjuicio de tercero, como afirma *Gutier. de Juram. confirm. part.* 1. *cap.* 14. *n.* 7. *y sig.* Pero si la esposa no llevare dote, no ganará estas dadivas esponsalicias, porque falta la dote para tener consideracion, y tasarlas. Sobre lo qual, y otras cosas vease à *Matienz.* en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 6.

30 Y si el marido ofreciere arras, y tambien diere jo-

(1) Leyes 1. y 5. tit. 2. lib 5. Recop. y Auto 4. §. 25. tit. 12. lib. 7.

joyas, ò preséas, y vestidos à su esposa viuda, ò soltera, debe escoger ésta qual de las dos cosas quisiere (pues no puede pretenderlo todo, porque no se le concede) dentro de veinte dias de requerida por los herederos de su marido: y no haciendo en ellos la eleccion, toca à los de éste; y muerta ella, la pueden hacer los suyos en el mismo termino, como lo dice la ley 4. tit. 2. lib. 5. Recop. ibi: *Pero si qualquier dellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger, y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados la obo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento, y matrimonio; pero si arras obiere, que sea en escogimiento de la muger, ò de sus herederos (ella muerta) tomar las arras, ò dexarlas, y tomar todo lo que el marido la obo dado, siendo con ella desposado: lo qual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogieren dentro del dicho termino, que los dichos herederos escojan.* Todo lo qual se entiende con arreglo à lo que queda sentado en quanto al importe de arras, y joyas, pues ni aquellas han de exceder de la decima parte de los bienes libres liquidos, y efectivos del novio, ni éstas de la octava de la dote de la novia; por lo que se debe atemperar ésta à la permision legal, pues en el exceso, así como es nula, è ineficáz la dadiva, ù oferta, lo será tambien la eleccion, que en otros terminos haga. Previniendo, que despues de haber elegido no pueden variar, (1) excepto que la eleccion no hubiese tenido efecto por alguna causa. (2)

Si

(1) Ley Servi electione al princip. & ibi. glos. ff. de Legat. 1. ley Apud Anfidium 20. ff. de Option. legat. y ley 25. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley Qui per salutem, & ibi. DD. ff. de Jure jurand. Tiraquel. in leg. Boves, §. Hoc sermone, ff. de Verbor. signification. limit. 1.

31 Si con el uso deterioró, ò consumió la muger los vestidos, ò cosas que su marido la dió, estando desposados, se dificulta, ¿si podrá, ò sus herederos dexarlas, y elegir, y percibir las arras que le prometió, disuelto el matrimonio? Y aunque parece que no, porque en esta eleccion se defrauda à los hijos, y herederos de su marido, lo contrario es lo cierto; y asi puede elegirlas, porque se lo permite la ley, y en usar de su derecho à nadie injuria, ni defrauda, como en él se dice. (1) Pero en este caso afirma Ayora, (2) que estará obligada, ò los suyos à bolverlas tan buenas como el marido se las entregó, ò el importe de su deterioro: y la razon en que se funda, es, porque segun Derecho, (3) no se entiende restituida la cosa si se buelve deteriorada, y no se paga su menoscabo. Yo dudo de esta obligacion de la muger en el caso propuesto: y la razon es, porque el marido está obligado à vestirla, y alimentarla segun su esfera, y caudal: y como por usar los vestidos que la dió, è hizo suyos, le ahorró otros, y à no haberlos usado, tendria que vestirla, estarian sin deteriorar, los hallaria conforme se los habia dado, y los llevaria como suyos privativos: por eso me parece no tiene lugar la restitucion; pues la disposicion legal citada de que se vale, aunque cierta, habla en otros casos muy diversos, y asi no se puede contraer à éste sin mucha violencia.

32 Qualquiera esposa de presente, ò de futuro, disuelto el matrimonio, gana, y debe llevar la mitad de todo lo que antes de consumarlo la dió su marido, si la besó

(1) Ley Nullus videtur, y ley Factum cuique suum, §. Non videtur, ff. de Regul. jur. ley 3. §. 1. ff. de Libero homine exhibend. y ley 14. tit. 34. Partid. 7.

(2) Ayor. part. 1. cap. 7. dicho n. 35.

(3) Ley Sed mihi videtur 3. §. Si reddita, ff. Commodati, & ibi. DD.

só despues de desposados, ya sea, ò no precioso, preceda, ò no el beso à la donacion, y esta se haga à la novia en su casa antes, ò al tiempo de la boda, ò velacion; pues si la besó antes del desposorio, nada ganará, porque el beso, y copula anteriores están prohibidos; y si el matrimonio se consumó, lo debe llevar todo, (1) porque hasta que el marido la conduce à su casa, no pierde el nombre de esposa, aunque el matrimonio esté consumado; (2) lo qual se entiende, con tal que no exceda de la octava parte de su dote, y no en otros terminos. (3) Y si el marido no la besó, nada gana, ni debe llevar, antes bien todo debe bolver à los herederos de éste: ni tampoco quando por su culpa no se celebró el matrimonio. (4) En quanto à quáles se llaman vestidos preciosos, quáles superfluos, y quáles quotidianos, se debe dexar al prudente arbitrio del Juez, atendida la calidad, esfera, y caudal de las personas. (5)

33 Milíta, y procede lo explicado en el numero inmediato, no solo quando la esposa es doncella, sino quando es viuda: Lo primero, porque versa la propia razon, y asi debe obrar la misma disposicion. Lo segundo, porque la ley 4. inserta habla general, y absolutamente en quan-

(1) Leyes 3. tit. 11. Partid. 4. y 4. tit. 2. lib. 5. Recop. Gom. en la 50. de Toro n. 5. y 6. vers. Sed his non obstantibus. Gutier. allegat. 11. n. 5. y 7. Matienz. en la ley 4. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 3. y 6. n. fin. Ayor. part. 1. cap. 7. n. 38.

(2) Ley Cum in te, Cod. de Donation. ante nuptias, & ibi. glos. & DD.

(3) Ley 1. al fin tit. 2. lib. 5. Recop. & ibi. Matienz. glos. 6. Acev. en la 4. cit. Castill. en la 52. de Toro verb. Sea precioso, & ibi. Gom. Arias n. 16.

(4) Dichas leyes 3. de Partid. y 4. Recop. y ley Cum veterum, Cod. de Donation. ante nuptias.

(5) Immol. in leg. penult. §. 1. ff. Solut. matrimon. al fin. Palac. Rub. in Rubr. §. 11. de Donation. inter vir. & uxor. Sr. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 11. Partid. 4. glos. ultim. al fin. Matienz. en dicha ley 4. glos. 5. n. fin.

quanto dice: *Qualquiera esposa, ora sea de presente, ora de futuro*:: y no distingue de viuda, ni doncella, y quando no distingue, no debemos distinguir. (1) Lo tercero, porque ninguna prohibe al esposo que dé à la esposa las joyas, ò preséas, y vestidos: y lo que no está prohibido, se entiende permitido; antes al contrario por el hecho de tasar la cantidad, à que han de ascender, y de que no pueden exceder, es visto concederle facultad para su donacion. Y lo quarto, porque el motivo de conceder à la esposa la mitad de lo que el esposo la donó, si la besó, es porque siempre se entiende que ella dá el beso, aunque lo reciba, por quedar avergonzada, y él complacido, y gustoso, segun lo dice la ley 3. al fin. tit. 11. Partid. 4. ibi: *E la razon por que se movieron los Sabios antiguos en dar departido juicio sobre estos donadíos, es ésta: porque la desposada dá el beso à su esposo, è non se entiende que lo recibe del. Otrosi quando recibe el esposo el beso, ha ende placer, è es alegre, è la esposa finca envergonzada.* Pues debiendo tener el mismo pudor, y honestidad la viuda, que la doncella, se sigue que se la debe, y gana lo propio que ésta en iguales circunstancias, lo qual es corriente. Por lo tocante à si la esposa gana, ò no lo que la dan los consanguineos de su marido, vease el cap. 4. de este libro n. 24. en donde lo dexo explicado latamente.

34 Por el ingreso en Religion adquiere la esposa de presente, ò de futuro la mitad de todo lo que el esposo la dió, del mismo modo que por la muerte de éste: (2) porque asi como el pacto de lucrar la dote, en caso de muer-

(1) Ley De pretio, ff. de Publician. in rem action. & ibi. glos. Socin. regul. 292. Ayora part. 1. dicho cap. 7. n. 33.

(2) Ley Deo nobis, Cod. de Episcop. & Cleric. Authent. de Sanctis Episcopis, §. Sponsalibus collat. 9. & ibi. glos. & DD. glos. in cap. Decreta legalia caus. 37. quæst. 2.

muerte tiene lugar en el de entrar en Religion, (1) así tambien debe tenerlo el de lucrar la mitad de todo lo que el esposo la dió. Pero es de advertir, que si el esposo enagenó las cosas que dió à su esposa, no será preferida à los acreedores que tengan hipoteca anterior en los bienes de él: (2) lo que al contrario en la dote, por el privilegio de prelacion que el Derecho (3) la concede.

35 Al modo que el marido futuro puede ofrecer arras à la novia, del mismo modo ésta siendo mayor de veinte y cinco años, y libre, puede ofrecer dotacion al novio, porque ningun Derecho se lo prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido; y si se la ofrece, (que rara vez sucede, excepto que sea rica, vieja, y fea, por lograr un gallardo mozo) tendrá obligacion de cumplir la oferta, porque à quanto se obliga el hombre à tanto queda obligado. ¿Pero la dificultad está en saber qué cantidad ha de ser? Acerca de lo qual dicen los Autores, (4) que por ser correlativos marido, y muger, se deben entender con ambos las leyes que hablan con el uno en igual caso, y circunstancias, por la identidad de razon. Yo venero su dictamen por el aprecio que se concilia su autoridad, y literatura, pero no puedo menos de hacer presente: Lo primero, que ninguna ley habla con la novia, ni prohibe à las mugeres hacer donaciones, ni por consiguien-

(1) Jason in leg. Si decesserit, ff. Qui satisdare cogantur col. 2. n. 11. Gom. en la 50. de Toro n. 11. Sr. Covar. in 2. de Sponsalib. cap. 7. §. 4 n. 12. Palac. Rub. in Rubr. de Donation. inter. vir. & uxor. §. 3. n. 5. y en la 52. de Toro. Matienz. en la 4. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 1.

(2) Ley de Rebus 13. Cod. de Donation. ante nuptias.

(3) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potiores in pignor. habeant. y §. Fuerat institut. de Action. Gom. en la 50. de Toro n. 8. vers. Sexto quæro.

(4) Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestras, §. 54. Acev en la ley 2. tit. 2. lib. 5. Recop. n. 1. Gutier. de Matrimon. cap. 19. n. 16.

guiente pone tasa à lo que han de donar, lo que sí al hombre, porque quando quiere casarse, es pródigo ácia la muger, y por eso los Legisladores se vieron precisados à refrenar su prodigalidad. Lo segundo, que la muger es naturalmente avara, y codiciosa, como dice el Derecho, (1) y la experiencia nos lo enseña, y todo lo quiere, y le parece poco, y está neciamente persuadida que todo se lo merece: y asi nada suelta, que no sea por su propio interés, ò lucimiento, ò con el fin de adquirir mayor lucro, segun dexo sentado en el cap. 2. de mi primera parte num. 20. De lo qual se prueba la diversidad de razon que en el presente caso milita entre los dos, por lo que no debe obrar la misma disposicion; y asi me parece que careciendo de ascendientes, y descendientes legitimos, valdrá la donacion, y oferta que haga al novio en qualquiera cantidad, (no siendo inmensa, pues ésta está justamente reprobada por la ley 69. de Toro) porque es donacion por causa onerosa: y que solo teniendolos, se debe limitar al tercio, ò quinto, de que se le permite disponer en su perjuicio. Este es mi sentir, salvo, &c.

36 Si la esposa diere algo al esposo de futuro, y falleciere antes que el matrimonio se celebre, debe el esposo bolver lo donado à los herederos de ella, ya la haya besado, ò no, como lo dice la ley 3. tit. 11. Partid. 4. citada, ibi: *E si acaesciese que la esposa ficiese don à su esposo, (que es cosa que pocas veces aviene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas, è avariciosas) è si muriere ella ante que el matrimonio fuese acabado, estonce en tal caso como éste quier sean besados, ò non, debe tornar la cosa dada à los herederos de la esposa.* Y la razon que dá

(1) Ley 3. tit. 11. Partid. 4. ley Si stipulata, §. Si uxor. ff. de Donation. inter vir. & uxor, y ley Si ego, ff. ad Vellejan.

dá la ley, es la expuesta en el num. 33. sobre lo qual véase à Matienzo en la 4. tit. 2. lib. 5. Recop. glos. 4.

§. II.

SI LOS HEREDEROS DEL MARIDO están, ò no obligados à dar alimentos à su viuda, mientras se hace la particion, y de dónde se deben deducir.

37 Discordia no pequeña milita entre los Autores acerca de si los herederos del marido deben, ò no dar alimentos à su viuda, mientras se concluye la division de su herencia, y se la entrega su haber. Y en exposicion de este punto no explicado en mi concepto con toda aquella claridad, y discrecion que exige, para la perfecta instruccion del Contador lego principiante, procederé con distincion de casos: El primero es, quando quedó preñada, en cuyo caso aunque sea rica, es inquestionable que se la deben los alimentos correspondientes à las facultades del difunto, y dignidad de ambos, como lo dice la ley 1. §. 19. ff. *de Ventre in posses. mittendo*, ibi: *Mulier autem in possessionem missa, ea sola, sine quibus fœtus substineri, & ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet, & in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri præstet pro facultatibus defuncti, & pro dignitate ejus, atque mulieris.* Y de la ley 4. siguiente, cuyo contexto es: *Habitatio quoque si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium ejus, secundum dignitatem cibaria præstanda sunt.* Y la razon es, porque es visto darse al postumo que

trae

tra e en el vientre, y no à ella; y asi ya tenga, ò no bienes de que alimentarse, y si traxo dote, se le restituya, ò no, se la debe contribuir con ellos de los propios del difunto, segun se prueba de la ley 5. del mismo titulo, que al principio dice: *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet: nec ad rem pertinet an dotem habeat, unde se substentare possit: quia videntur quæ ita præstantur, ipsi præstari, qui in utero est.* Por lo que el importe de estos alimentos se ha de deducir del privativo caudal del difunto, como deuda contra él, segun se colige de la ley 9. siguiente, ibi: *Cum venter mititur in possessionem, quod in ventris alimenta deminutumest, detrahitur velut æs alienum.*

38 Procede tambien lo referido, ya haya, ò no gananciales, porque el padre pudiendo, está obligado à alimentar à sus hijos. Y aunque la madre tiene igual obligacion, especialmente el tiempo de la lactancia, es en el solo caso de ser pobre el padre, mas no en el de tener bienes, como he sentado en el cap. 12. de mi primera parte ex n. 28. al 31. pues de sacarse del cuerpo del caudal comun, habiendo gananciales, se la perjudicaba en la mitad, que no debe pagar, por no ser deuda contraida constante su matrimonio. Y sin embargo de que la ley 9. inserta dice solamente, que se deduzca el importe de los alimentos como deuda agena, ibi: *Detrahitur velut æs alienum*, sin expresar cosa alguna de gananciales, y este modo indefinido de explicarse parece indica que se ha de deducir del comun, no es asi: Lo primero, porque la obligacion de alimentar los hijos es del padre, y no se dan à la madre, sino al postumo, y por eso la ley primera manda, que se la contribuya con ellos, segun las facultades del difunto. Y lo segundo, porque por Derecho comun no adquirian gananciales las mugeres casadas, se-

gun expuse en el cap. 4. n. 1. de este tratado, por lo que no pudo hablar de ellos; pues à adquirirlos en los terminos que por nuestro Derecho, hubiera ordenado igualmente, que de los bienes del padre se exigiesen, como à quien está impuesta la obligacion legal, y natural de alimentar à sus hijos pudiendo: y del mismo modo que dexa ilesa la dote de la madre, dexaria los demás derechos que la correspondiesen, por militar la propia razon.

39 Y porque algunas mugeres, despues que mueren sus maridos, dicen que están preñadas, no estandolo; para que los parientes que deben heredarlos, en caso de no verificarse el preñazgo, no sean perjudicados, ha establecido el Derecho las precauciones, orden, y forma de evitar todo engaño, de lo qual trata la ley 17. tit. 6. Partid. 6. cuyo literal tenor es este: *Mugeres hí há algunas, que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas dellos: E porque en los grandes heredamientos que fincan despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer que se trabajarian las mugeres de facer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diciendo que eran suyos: por ende mostraron los Sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto. E dixeron, que quando la muger dixese que fincaba preñada de su marido, que lo debe facer saber à los parientes mas propinquos del, diciendoles de como era preñada de su marido. E esto debe facer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuese muerto, fasta que ellos envien catar si es preñada, ò non. E si por aventura los parientes dubdaren en esto, deben enviar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten el vientre, de manera, que non la tangan contra su voluntad, è de si pueden enviar quien la guarde si quisieren. E la guarda desta muger debe ser desta guisa. Cá el Juez de aquel Logar do esto acaesciere, si los parientes*

del

del muerto lo demandaren, debe catar casa de alguna buena dueña, è honesta en que more esta muger fasta que pára. E ella morando en casa desta buena dueña, quando asmare que debe parir, debelo facer saber à los parientes del finado treinta dias ante que encaezca, porque ellos envien otra vez algunas buenas mugeres, è honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa do obiere à parir, non debe haber mas de una entrada, è si mas tubiere, debenlas cerrar; è à la puerta de aquella casa do está la muger que dicen que es preñada, pueden poner los parientes del finado tres omes, è tres mugeres libres, è hayan ellos dos compañeros, è ellas dos compañeras que la guarden. E cada que obiere esta muger à salir de aquella casa à otra, que sea dentro en aquella morada para entrar en baño, ò por otra cosa qualquier que sea menester, deben catar aquellas que la guardan, toda la casa do quier que entrare, ò el logar do se quisiere bañar, de guisa que no sea dentro otra muger que fuere preñada, ò algun niño ascondido, ò otra cosa alguna en que pudiesen rescebir engaño. E quando algun ome, ò muger quisiere entrar à ella, debenla escodriñar, de manera, que en su entrada otrosi non pueda ser fecho engaño. Otrosi decimos, que sintiendo la muger en sí misma tales señales, porque entendiese que era cerca del parto, debelo aun facer saber à los parientes otra vez que la envien à catar, è guardar, si quisieren. E quando fuere cuitada por razon del parto, non debe estar en aquella casa do ella está, ome ninguno: mas pueden estar hí fasta diez mugeres buenas que sean libres, è fasta seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, è dos otras mugeres sabidoras, que sean usadas de ayudar à la muger quando encaesce. E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres fasta que pára, porque non pueda, hí ser fecho algun engaño ascondidamente. E quando la cria-

tu-

tura fuere nascida, debenla mostrar à los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere duda, si era preñada, ò non, heredará el fijo que nasciere della despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha de que fuere dubda, si era preñada, ò non, non se quisiese dexar catar el vientre, ò non quisiere que la guardasen, asi como sobredicho es, ò en otra manera que fuese guisada, è usada en el lugar do vive, maguer pariese, è viviese el fijo, non le entregarian de los bienes del muerto, à menos de ser probado que la criatura nasciera della en tiempo que pudiera ser fijo, ò fija de su marido. Pero es de advertir, que todas las precauciones de esta ley no son necesarias, y asi se estará à la costumbre que haya en el Pueblo, como ella misma lo insinúa.

40 No habiendo quedado preñada la muger, pero sí con hijos en su casa, y poder, ya sean mayores, ò menores, y subsistiendo todos juntos, comiendo, y gastando sin cuenta, ni razon del globo, ò cúmulo del caudal inventariado, se ha de deducir de éste lo gastado, y consumido por todos en sus alimentos, pues aunque por la muerte de su marido es visto disolverse la sociedad conyugal, dura, y se contrae tacitamente de nuevo con sus herederos en quanto al lucro, mediante la unanime comunion, y proindivision de los bienes de todos, sin llevar cuenta de quién es lo que se gasta, ni hacer novacion: (1) pues el contrato de sociedad se contrae con solo el consentimiento, y sin necesidad de palabras, especialmente entre los que en los terminos propuestos habitan jun-

(1) Arg. leg. 1. y todo el tit. gessit. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 5. ff. de Eo, qui pro tutor. negot.

juntos, (1) como he sentado en dicho cap. 4. §. 4. n. 84. y 88.

41 Si no quedó preñada, ni con hijos en su compañia, ni por consiguiente se mantuvieron juntos, se ha de distinguir: ò traxo dote, y hay gananciales, ò no. Si no traxo dote, ni hay gananciales, entonces como que no tiene comunidad con los herederos del difunto, ni que haber de la herencia, no deben alimentarla, porque no hay motivo para que se la pueda conceptuar acreedora à interés por dote retardada, ni à frutos de bienes dotales, ni por partícipe en la herencia, ni por otra causa. (2)

42 Y aun quando haya gananciales, tampoco se la deberán alimentos en dicho caso, antes bien los gastos que en estos haga, se la descontarán de la parte que en aquellos la corresponda, no solo porque no es acreedora por dote retardada, sino porque el Derecho ordena, que no estando preñada, se mantenga de lo suyo, como lo dice el §. fin. de dicha ley 1. ff. *de Ventre in posses. mittend.* ibi: *Et si sciens, prudensque se prægnantem non esse, consumpserit, de suo eam id consumpsisse Labeo ait.* Bien que si en la buena fé de estar preñada hubiere hecho algunos en alimentarse, no se la han de pedir, ni exigir, segun lo manifiesta la ley 3. ff *eod. tit.* ibi: *Sumptus autem ab ea facti bona fide, non repetuntur*; pues siempre que entre el alimentante, y alimentario media alguna aficcion de sangre, conexion, amistad, ò caridad, no há lugar la re-

(1) Ley Perceptione, ff. de Hi, qui dejecer. vel effuder Bald. in leg. 1. & 2. hoc tit. & in leg. 1. Cod. Qui testamenta facere pos. §. 1. Institut. de Societ. & ibi. Faber. & in leg. Coiri, ff. de Societat. Bart. & alii DD.

(2) Ayor. dicho cap. 6. n. 8. vers. ad text. in dict. leg. 1. §. Mulier.

repeticion de los alimentos dados. (1) Y lo propio milita para con los hechos dentro de los nueve dias siguientes al fallecimiento del marido, ya quede, ò no preñada, por ser costumbre inconcusa el contribuirla con ellos.

43 Pero habiendo traido dote, ¿se dificulta si mientras se la entrega, ò no, la deben alimentar? Cuya dificultad toca latamente *Garcia de Expens. cap.* 8. *ex n.* 29. *al* 37. y para su inteligencia, y solucion se debe suponer como incontrovertible, que los herederos del marido, ò éste, premuriendo su muger, tienen obligacion segun Derecho (2) de bolver al instante la dote consistente en bienes raices, por lo que no les corresponden sus frutos, y sí à ella, ò à los suyos; y dentro del año siguiente al del fallecimiento los muebles, semovientes, y dinero. Y la razon por que se concede este termino al marido, es por humanidad, para que no se vea precipitado, ni se le irrogue gravamen con su instantanea tradicion, antes bien goce de su comodidad para honor, pompa, y ornato de su casa. (3) Lo qual se entiende, excepto que en el contrato dotal se limite el termino para su restitucion, pues en este caso se ha de hacer con arreglo à la dilacion convencional pactada en él, y no à la legal.

44 En consequencia de lo expuesto, parece que no se deben dar alimentos à la muger que no quedó preñada: Lo primero, porque la ley primera citada lo preceptúa asi. Lo segundo, porque muerto el marido, quedó libre

(1) Leyes Cum tutores 1. Alimenta 11. Quod in uxorem 13. y Si paterno affectu 14. Cod. de Negot. gest. y leyes Ex duobus 27. y Is qui amicitia 44. ff. eod. tit. Garcia de Expens. cap. 4. n. 24.

(2) Ley unica, §. Exactio, vers. Fructibus, Cod. de Rei uxoriæ action. y ley penult. tit. 11. Partid. 4. Gom. en la 50. de Toro n. 46. y 47. Garcia de Expens. cap. 8. n. 29. vers. Notissimum est.

(3) Leyes Sed mihi 3. Sæpe etiam 4. y Si ut certo loco 5. §. Si de me petisses 14. ff. Commodati. Garcia dicho cap. 8. n. 33.

bre de la sujecion de éste, à quien están concedidos los frutos dotales, para superar las cargas matrimoniales: (1) el termino anual se le concede sin gravamen, ni recompensa: (2) y los bienes muebles, y dinero no producen frutos; y asi no deberá tener derecho à ser alimentada durante esta concesion legal. Y lo tercero, porque la muger es acreedora por su dote, y ninguna ley manda que los deudores tengan obligacion de alimentar à sus acreedores. (3)

45 Mas no obstante, deben dar alimentos à la viuda los herederos de su marido durante el tiempo legal, ò convencional prefinido para la restitucion de su dote, ya consista ésta en bienes raices, muebles, semovientes, ò dinero, si los retienen, y no se los entregan: Lo primero, porque es anexa à la misma dote la carga de alimentar; (4) y asi por lucro cesante, daño emergente, y por estarse utilizando los herederos, y reteniendo bienes, que saben no son suyos, ni les tocan por titulo alguno como al marido, (5) por lo que deben restituirlos con los frutos à la muger, la competen los alimentos; pero no à sus herederos, porque es privilegio mere personal, y no se les transmite: por cuya razon, si la muger es la que fallece, no tienen derecho à pedirlos. (6) Lo segundo, porque mientras la muger permanece viuda, contempla el derecho que sub-

(1) Cap. penult. y fin. de Secund. nupt.

(2) Arg. leg. Debitoribus, ff. de Re judicat. y ley Si debitori, ff. de Judic.

(3) Ley Fulcinus, ff. Quibus ex causis in possession. eant.

(4) Ley Si cum dotem, §. Sin autem in sævissimo, ff. Solut. matrimon.

(5) Ley Bonæ fidei emptor, ff. de Acquirend. rer. dominio, y ley Divortio, §. Non solum, ff. Solut. matrimon.

(6) Arg. leg. unic. Cod. de Privileg. dot. Gom. en la ley 50. de Toro n. 48. Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 30.

subsiste en el mismo matrimonio. (1) Y lo tercero, porque disuelto éste, retiene la dote los privilegios que constante él tenia, hasta que se restituya; (2) es asi que el marido estaba obligado à alimentarla mientras vivió: luego lo están tambien sus herederos, que le representan, interin no cumplan con la restitucion. (3) Lo qual milita, y procede aunque se la constituya depositaria de todos los bienes de la herencia, mientras se evacua la particion, porque sin embargo de que en este caso tiene en su poder su dote, y todo quanto la pueda corresponder, no lo tiene como suyo, sino con obligacion de responder de todo; y asi no hay tradicion con libre dominio, qual se requiere para que se entienda restituida, y entregada su dote, y es lo mismo que si los herederos fueran los depositarios.

46 Se entiende esta conclusion con las restricciones, y limitaciones siguientes. La primera, quando la muger carece de otros bienes con que alimentarse, pues teniendolos, no se la deben dar alimentos durante el tiempo legal, ò convencional para la restitucion de su dote: (4) porque quando la ley manda à alguno que los dé à otro, no debe hacerlo si tiene bienes, oficio, ù otra cosa de que poder vivir sin desdoro suyo, como se prueba de la ley *Si quis à liberis* 5. *ff. de Agnoscend. liber.* cuyo §. 7. di-

(1) Ley fin. Cod. de Bonis matern.

(2) Ley Etiam, ff. de Fundo dotal.

(3) Glos. 2. in leg. Divortio, ff. Solut. matrimon. Gom. dicho n. 48. vers. Sed his non obstantibus. Garcia de Expens. cap. 8. n. 37. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 7. y 8. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 10. Capic. decis. 24. Rebuf. ad leg. Gallicas; Tom. 1 tit de Sentent. provisionalib. artic 3. glos. 1. n. 10.

(4) Arg. leg. Extraneo, ff. de Ventre in posses. mit Com. en la ley 50. de Toro n. 48. vers. Quod tamen limita Matienz, en dicha ley 3. glos. 1. n. 27.

dice: *Sed si filius possit se exhibere, æstimare Judices, debent nè non debeant ei alimenta decernere. Denique idem Pius ita rescripsit: Aliti à te competentes Judices ali te à patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus: Si modo cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis*; y su glos. magn. verb. *Qui Consules*: y tambien de la ley 6. tit. 19. Partid. 4. verb. *Otrosi quando el fijo*, y su glos. 5. La segunda, quando el marido, ò sus herederos gozan del legal beneficio de la dilacion anual, mas no, si al instante quieren entregar la dote; pues entonces como cesa la causa de la contribucion alimentaria, no están obligados à los alimentos; pero no basta su oferta verbal, pues debe ser real, y efectiva la entrega. (1) La tercera, quando está alimentada, pues no puede pretender los alimentos pasados, à menos que habiendolos pedido à los herederos, y estos tardado en darselos, haya tenido que pedir prestado para alimentarse durante esta mora, en cuyo caso deben darselos. La quarta, quando la muger quiere compensar sus alimentos con los frutos de sus bienes dotales (ya sean muebles, semovientes, ò inmuebles) percibidos por los herederos, pues entonces si los frutos exceden à los alimentos, deberán darla el exceso: y por el contrario, si estos son mayores, deben darselos, y quedarse con los frutos sin repeticion de aquellos à estos por el exceso. (2) Y la quinta, quando se la comunican los gananciales durante la proindivision del cau-

(1) Bursat. consil. 9. n. 10. y sig. Negusanc. de Pignor. part. 5. memb. 3. n. 97. y 113. y sig. Bald. Novel. in tract. de Dote, part. 5. privileg. 1. n. 8. al fin. Jason in leg. Si non sortem, §. Si centum al fin. n. 10.

(2) Arg. leg. Insulam, §. Fructus, ff. Solut. matrim. & in leg. fin. ff. de Petition. hæreditat. & in leg. Nesennius, ff. de Negotiis gest. Gom. ibi. vers. Quinto. Matienz. en dicha ley 3. glos. 2. ex n. 19. al 35.

caudal por alguna de las causas expresadas en el citado cap. 4. n. 85. y siguientes, pues ningun Derecho se los concede, porque cederia en detrimento notable de los herederos: y asi debe contentarse con su mitad de utilidades, y no pedir además alimentos algunos, excepto que quede preñada.

47 Pero es de advertir, que en los casos en que la muger tiene derecho à ser alimentada por los herederos de su marido, ha de trabajar, y estar en la casa de estos; porque quando por disposicion de la ley se deben alimentos à alguno, debe trabajar en la del que tiene obligacion de darselos: (1) lo que al contrario quando se deben por disposicion del hombre. (2) Lo qual se entiende, si comoda, y honestamente puede vivir con ellos, pues no pudiendo, se los han de dar en la parte en que habite; (3) bien que puede permanecer en la casa del difunto, en que vivia con él, hasta que se la entregue su dote; y una vez que se halla sin vicio en posesion de ella, respecto estar hipotecados todos sus bienes à su restitucion, puede retenerla, y debe ser amparada en ella, pues à quien se dá la accion, con superior razon la excepcion. (4)

48 Há lugar todo lo explicado quando los herederos del marido no entregan su dote à la viuda durante el año legal, en que no puede estrecharlos à su tradicion, ò durante la dilacion convencional; pues pasado este respectivo tiempo, no están obligados à darla alimentos, porque tiene facultad para compelerlos judicialmente à su devolucion, y si no lo hace, echese à si misma la culpa de su

(1) Arg. leg. Sicut, ff. de Oper. libertor. Gom. ibi. vers. Adde tamen.

(2) Ley Libertis quos, §. 1. ff. de Aliment. & cibar. legat.

(3) Ley Cajo, §. Imperator, ff. eod. tit. Gom. dicho vers. Adde tamen al medio.

(4) Com. ibi. vers. Item adde, hasta el fin.

su inaccion en no usar de su derecho. Pero si habiendola pedido tardan en entregarsela, puede pretender los intereses de dote retardada por culpa de ellos, porque milita igual razon que dentro del año. (1).

49 Sin embargo de que la muger haya llevado dote, si los frutos de ésta no alcanzan para alimentarla, deben los herederos de su marido darla unicamente los alimentos hasta en el importe de sus frutos, y no mas; (2) pues aunque se finge que subsiste el matrimonio durante la viudedad, y que si viviera el marido la alimentaria, ya traxese poca, ò mucha dote, ò ninguna; no satisface esto, porque esta obligacion es mere personal del marido, y no comprehende à sus herederos sino en quanto alcancen los frutos de los bienes que la retienen, excepto que esté preñada: por lo que ninguna ley se la impone, pues no militan para con ellos las razones que en él para alimentarla en otros terminos; y el verdadero motivo por que deben practicarlo, es por humanidad, y porque no es justo que ellos se estén aprovechando de la comodidad, uso, frutos, y reditos de sus bienes muebles, raices, y semovientes, y de los intereses de su dinero dotal, y ella se halle sin ellos, y sin que comer; y asi deben darla los correspondientes alimentos, ò los frutos, ò interusorios de sus bienes, y dinero dotales, durante la dilacion anual, ò convencional, ò hasta que se verifique la restitucion de su do-

(1) Doctor. in leg. Divortio, ff. Solut. matrim. Gom. ibi. vers. Post annum vero. Matienz. en dicha ley 3. y glos. 2. n. 28. y otros que cita.

(2) Ley Cum unus, §. ult. ff. de Aliment. & cibar. legat. y ley Insulam, §. Fractus, ff. Solut. matrim. Butr. in leg. unic. §. Illo proculdubio. Cod. de Caduc. tollend. Paul. in leg. Divortio al principp. & ibi. Alex. n. 19. Matienz, ibi. n. 29.

dote. (1) El Contador que apetezca mayor instruccion vea à *Matienz. en la ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 5. *glos.* 2. *ex n.* 19. *al* 35. *y à los que cita, y à Guerreir. de Inventar. lib.* 3. *cap.* 12. *desde el num.* 58.

50 Si hay gananciales en su matrimonio, y no trâxo dote, no deben contribuirla los herederos de su propio caudal con alimentos algunos durante la proindivision del comun, porque ninguna de las razones que para los dotales milíta, ni hay texto que lo preceptúe, como he sentado en el num. 42. y asi tendrá accion unicamente à pedirles la anticipen para mantenerse, lo necesario, mientras se efectúa la particion à cuenta del haber, que como dueña de la mitad del caudal superlucrado la corresponda; y si lo resisten, deberá el Juez compelerles à ello por la regla: *Quod tibi non nocet, & alteri prodest, invitus teneris, ut facias*; pues interviene la necesidad de alimentos, que es urgentisima, como que tiene su tendencia à la vital conservacion, (2) y el que los niega, parece que mata. (3)

51 Estando ausentes los herederos del marido, si su viuda no solo se apodera de sus bienes, sino que como si fuera dueña vende sin poder suyo algunos muebles, y semovientes, y cobra las deudas que tenia à su favor: y luego los herederos aprobando virtualmente la venta, y cobranza, la hacen cargo de todo lo percibido, y vendido, è intentan que lo reciba en parte de pago de su dote,

(1) Matienz. en dicha ley 3. y glos. 2. n. 20. y 29. tit. 1. y en la 2. tit. 9. glos. 1. n. 10. al fin. Alex y Jason en dicha ley Divortio. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 70. y 71.

(2) Ley 2. §. Item Varus 5. ff. de Aqua pluv. arcend. Garcia de Expens. cap. 8. n. 35. al fin.

(3) Ley Necare 4. ff. de Liber. agnoscend.

te, lo qual resiste, pretextando deber ser en cuenta de los alimentos que la competen mientras ésta no se le entrega: será oida, y por consiguiente deberá compensar el precio recibido de todo lo que vendió, y cobró, con el importe de estos, y admitir el sobrante en parte de pago de su dote, respecto à que los herederos no reclaman, antes bien aprueban tacita, y virtualmente la venta, y cobranza; pero se la deberá cargar por los bienes vendidos el precio que valgan à la sazon, y no el que tenian quando los vendió, aunque fuese muy poco, pues à no haberlos vendido, lo darian por ellos; y asi por haberse excedido en venderlos sin poder, ni licencia de los herederos, debe sufrir el perjuicio, y menoscabo, y no estos. (1)

§. III.

DE DONDE SE DEBEN DEDUCIR el luto de la viuda, y herederos del difunto; el vestido ordinario de ésta, y el lecho quotidiano que toca al conyuge superstite.

52 TRes puntos (bien que de poco momento) son los que intento tratar en este parrafo, à saber: Luto de la viuda, y herederos del difunto, vestido ordinario de ésta, y lecho quotidiano del conyuge superstite. En quanto al luto, digo, que por razon de alimentos, y para que sirva à la viuda de estímulo, y recuerdo, à fin de que no dexe de rogar à Dios por su marido, à lo me-

(1) Ley Si negotia absentis 11. ff. de Negot. gest. ley Titia 48. ff. de Solutionib. y ley Mater tua 3. Cod. de Rei vindicatione. Ayora part. 1. cap. 6. n. 8. vers. Sed incidentes quæro, hasta el fin.

menos durante el año, deben darla los herederos de éste, segun su calidad, y haberes, el ordinario, ò quotidiano, (ò lo que la cueste, si à sus expensas lo hizo) à mas de su dote, bienes parafernales, y mitad de gananciales que por Derecho la tocan: y la razon es, porque por alimentos no solo se entiende la comida, y habitacion, sino tambien el vestido, curacion, y otras cosas necesarias, (1) pues aunque esté vestida, se queda desnuda en el instante que enviuda, por no convenirla como tal el trage de casada. Lo qual se entiende habiendo costumbre en el Pueblo de que las viudas lo traygan, pues si no, no puede pretenderlo. Pero si no obstante haberla, se casare dentro del año de su viudedad, y el luto fuere apreciable, (pues si es vil, ò de poco valor no se debe hacer merito de él) estará obligada en pena à restituirselo en el estado en que se halle; (2) al modo que el usufructuario de bienes, que se deterioran, ò envejecen con el uso, porque lo disfrutó legitimamente el tiempo que subsistió viuda: y pasado el año no tendrá esta obligacion, ya sea vil, ò precioso, porque cumplió con el fin para que se lo dieron los herederos, y no incurrió en pena, por no estarle prohibido, y asi lo hace suyo.

53 Dicen algunos, que este luto, ò su valor se ha de deducir del quinto, siendo legitimos los herederos, y no del

(1) Leyes verbo Victus 43. y Et cætera 44. ff. de Verbor. signific.at.

(2) Alex. in addict. ad Bart. in leg. Si ex re, §. fin. ff. de Stipulation. servor. Palac. Rub. in Repet. §. 11. n. 8. Garcia de Expens. cap. 8. n. 37. al 40. Valasc. de Partition. cap. 19. n. 58. y 59. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 3. y 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 95. n. 1. al 6. Acev. en la ley 3. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 6. y 7. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 36. Guerreir. de Inventar. lib. 3. cap. 12. n. 89. al 92. Lara in leg. Si quis à liberis, §. Si quis ex his n. 127. ff. de Liber. agnoscend.

del teral del privativo caudal, ò haber del difunto: (1) y la razon que dán, es, porque se entiende comprehendido en los gastos funerarios, y para que no se disminuya la legitima de los hijos. Pero à la verdad es fundamento débil, y como tal no me convence: Lo primero, porque ninguna ley lo manda, ni el testador tampoco. Lo segundo, porque del quinto se deben deducir solamente los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados pios, y graciosos, segun la ley 30. de Toro: es asi que el luto no toca al funeral, ni es del caso para él, ni necesario que se dé, ni trayga: ni está comprehendido entre las cosas que la ley citada ordena se deduzcan del quinto, ni otro alguna civil, ni real lo numéra, ni estima por tal: luego por ninguna de estas causas se debe baxar de él. Lo tercero, porque la ley 30. de Toro es correctoria del Derecho comun, y como tal se debe ceñir, y limitar à las cosas, y casos que especifica, y no ampliarse à las de que ninguna mencion hace; por lo que aun dado, y no concedido que el luto fuese parte del funeral, respecto de que por Derecho comun se deben deducir los gastos funerarios del caudal del difunto, se sacará de él, y no del quinto su importe, por no especificarlo la citada ley 30. como las Misas, cera, y gastos de humacion del cadaver, ni ser preciso para ésta; y asi se conceptuará solamente parte del funeral en quanto concierne à la tristeza que denota, mas no à necesidad para el entierro, ni alivio del difunto, que es lo que la ley miró, y mandó sacar de el quinto. Lo quarto, porque este es la unica hacienda que tiene de libre disposicion el testador: y si lo distribuye to-

(1) Gutier. dicha quest. 95. n. 10. y 11. Acev. dicho n. 6 Bayo Prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 152. num. 16. al 18. Siguenz. de Clausul. lib. 2. cap. 11. §. 27. n. 148.

todo en sufragios por su alma, ò por su intencion, por tener que hacer alguna restitucion à personas incognitas: y usa de este medio honesto, y decente, (porque aunque está obligado à restituir, lo está tambien à hacerlo de modo que no decayga su honor, y christiano concepto en que fue tenido) y con el sobrante de su entierro contempla que hay caudal suficiente para descargar su conciencia. Pregunto, ¿se podrá autorizar de justo, que se disminuya el quinto, para que los hijes perciban algo mas de legitima, quando ningun trabajo les costó el ganarlo, y él lo adquirió con afanes, y fatigas, y ninguna ley lo manda, ni tampoco el testador, ni le sirve de sufragio para su alma, y que tal vez esté mas en el Purgatorio, porque lo dicen algunos Autores? Me parece que no. Y lo quinto, porque la costumbre de dar luto à las viudas no habla con él, sino con sus herederos que la introduxeron, y por el hecho de haberla introducido se impusieron el gravamen, y obligacion de darselo de su caudal, como parte de alimentos, y no del que la ley dexó al testador, que es el quinto, cuya obligacion tenian aun antes de crearse la ley 28. de Toro, en que sin comparacion era mucho menor su legitima, y mayor la libre disposicion de sus padres, como en su lugar diré; y asi no se les defrauda, ni disminuye su legitima, porque el luto en donde hay costumbre de traerlo, es deuda contra ellos. Por cuyas razones tengo por constante, que cesando la costumbre contraria, ò el precepto expreso del testador, ya disponga, ò no del quinto, se debe baxar el importe del luto ordinario del cuerpo de su caudal privativo, como deuda contra él, y no del inventariado, porque entonces pagaba la viuda la mitad; ni del quinto, porque se defraudaba éste contra su voluntad, y se ampliaba sin potestad, è infringia la ley, que prescribe lo que de él se de-

debe dedudir. De cuyo dictámen (bien que no con estos fundamentos) son *Castill. en la ley 30. de Toro num. 11. vers. Adde*, citando à *Polac. Rub. Tello Fernandez en ella n. 4. y 5. Vallasc. de Partition. cap. 19. n. 57.* y es el que en mi concepto debe seguirse, y en las varias particiones que hice, observé, y fue aprobado judicialmente; pues de esta suerte sale del mismo quinto la quinta parte como deuda, y no su total de las quatro partes de herencia. Previniendo, que al marido no se debe luto, porque no tiene derecho à ser alimentado de los bienes de su muger difunta, ni en él se contempla tristeza, ni desamparo como en ésta, por lo que solo habiendo costumbre de darselo, se le abonará. (1)

54 Por lo concerniente à los lutos de los herederos, no hay duda que si quieren traerlos, deben costearlos de su privativo haber, y no del cuerpo del caudal inventariado, porque entonces pagaba indebidamente la viuda la mitad de su costo: ni del quinto del del difunto, porque se quedan con ellos, miran solamente à su pompa, y honor, ceden en su utilidad, y mientras los gastan ahorran otros, y no hay ley que les precise à hacerlos, pues se traen por costumbre, ni son necesarios para la humacion del cadaver, ni están comprehendidos entre los que el Jurisconsulto estimó por funerarios: ni tampoco la ley 30 de Toro hace mencion de ellos, (2) y es lo que se practica. Advirtiendo, que por vando públicado en esta Corte en 14. de Mayo de 1763. en observancia de la ley 2. tit. 5. lib. 5. Recop. y del Auto 4. cap. 21. tit. 12. lib. 7. se permite traerlos solamente à los parientes del difunto en los

(1) Tell. en la ley 6. de Toro n. 27. y en la 15. n. 1. Siguenz. ibi. n. 186.

(2) Ayor. part. 2. quæst. 12. n. 24.

los grados proximos de consanguinidad, y afinidad, que son: por padre, ò madre, hermano, ò hermana, abuelo, ò abuela, ù otro ascendiente, suegro, ò suegra, marido, ò muger; ò el heredero, aunque no sea pariente del muerto; y se prohibe darlos à los criados, y familia de éste, y à los de sus hijos, yernos, hermanos, parientes, y herederos: de suerte, que à ninguno de la familia, aunque sea de escalera arriba, se deben dar, ni ellos ponerselos.

55 En el capitulo primero de este libro num. 20. he sentado, que el vestido ordinario de la viuda no se debe inventariar. Lo qual se entiende con la distincion siguiente: Si la muger llevó dote, y lo incorporó en su carta dotal, se debe tasar, y aplicarsele en cuenta de su dotal haber, ya haya, ò no gananciales; y si no lo incorporó, ò no consta, no se ha de valuar, ni hacer merito de él, porque asi como entró vestida en poder de su marido, debe quedarlo por su muerte, ya sea mejor, ò peor que el que llevó, porque cada uno en su tiempo se gradúa por ordinario, atendido el estado, calidad, y facultades de la muger quando soltera, y del marido quando casada. Y aunque no lleve dote, ni haya gananciales se la debe dexar, porque (como queda expuesto) entró vestida en poder de su marido, y es parte de los alimentos que debia darla, por lo que lo hizo suyo: y lo propio milita en este caso para con los demás vestidos de su uso, porque son alimentos: con tal que no excedan del quinto, si el difunto dexó descendientes legitimos, ò del tercio si ascendientes, ya se los legue, ò no. Y por vestido ordinario se entiende, y estima aquel con que la muger salia diariamente à la calle con decencia, segun su esfera, y haberes de su marido, cuya graduacion se debe dexar al arbitrio del Juez docto, imparcial, y prudente. Asi lo sien-

siento, y he visto practicar, y practiqué. Los vestidos preciosos, de que solo usaba la muger en dias de lucimiento, deben quedar à beneficio del caudal de su marido, y luego se la aplicarán en cuenta de su haber, porque estos no están comprehendidos en los alimentos que debia darla.

56 Y por lo respectivo al lecho quotidiano, digo, que à la viuda corresponde el lecho, ò cama en que diariamente dormia con su marido: y este tiene igual derecho à él, quedando viudo, por concederlo à entrambos la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que está en uso en las mas partes de estos Reynos de Castilla, y dice: *Si el marido, ò la muger muriere, el lecho que habien quotidiano finque al vivo, è si se casare, tornenlo à partician con los herederos del muerto.* Y asi aunque el difunto legue al superstite el quinto, se le debe abonar, y entregar el lecho, porque se lo concede el Derecho, y no el testador, y es deuda contra los bienes de éste à falta de gananciales.

57 Por lecho quotidiano, ù ordinario no solo se entiende el armazon de madera, (pues no han de dormir en el suelo) sino los colchones, ò gergon, quatro sabanas, quatro almohadas, colcha, manta, y colgadura, si la usaban: sobre lo qual se ha de atender à las facultades, y calidad de las personas, y especialmente à la costumbre del Pueblo, la qual asi en orden à darse al superstite, como à lo que ha de contener, es la que rige, y mucho mas en quanto al uso de las leyes del fuero, como afirman los Autores, (1) y la primera de Toro. Lo que es al con-

(1) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 95. n. fin. Quesad. lib. 1. Divers. quæst. cap. 28. col. fin. n. 112. Siguenz. de Claus. dicho lib. 2. y cap. 11. §. 28.

contrario quando el marido lega la cama à su muger, pues en este caso viene unicamente la correspondiente à su estado viudal, y no el lecho precioso, por no convenir éste à la viuda, y deberse entender, è interpretar las palabras del testador segun la condicion de la persona, à quien su voluntad, y disposicion se dirigen. (1)

58 Del contexto de esta ley del fuero resultan tres dificultades: La primera de donde se ha de deducir el lecho que concede al superstite, à la qual satisfago diciendo, que si hay gananciales en el matrimonio, se debe sacar del total cúmulo de estos, antes que se proceda à su repartimiento entre ambos conyuges, y no del privativo del difunto; en cuyo caso el viudo paga la mitad, que es suya, como que sale del acerbo de ellos; por lo que solo deberá restituir la otra mitad à los herederos de el muerto en el de bolverse à casar. Y si no hay gananciales, pero sí costumbre en el Pueblo, de que sin embargo de no haberlos lo lleve el superstite, se ha de deducir del privativo caudal del difunto: y en este caso, si se bolviere à casar, lo restituirá integro; (2) lo qual se practica asi respectivamente por los Contadores inteligentes.

59 Y aunque algunos fundados en que es donacion, dicen, que habiendo descendientes legitimos, debe sacarse del quinto, no me adhiero à su dictamen: Lo primero, por no mandarlo esta ley, ni otra, ni el testador. Lo segundo, por no estar comprehendido entre las cosas que la 30. de Toro manda se deduzcan de él. Lo tercero, porque es una accion, y derecho que la ley concede al supers-

(1) Gutier. lib. cit. quæst. 93. n. 6. y 7. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 40. vers. Et quod lectus. Palac. Rub. in Repet. rubr. §. 11. n. 9. Bart. y Angel. in leg. Plenum 12. §. Equitii 4. ff. de Usu, & habitation.

(2) Gutier. dicha quest. 95. n. 17.

perstite contra los bienes del que premuere, no habiendo gananciales, y un gravamen reciproco, que por el hecho de casarse les impone, y empieza à tener vigor, y ser efectivo en el instante que el uno fallece, del qual ninguno de ellos se puede eximir, ni prohibir que lo lleve el superstite en donde hay costumbre de llevarlo, porque nadie puede hacer que las leyes no tengan fuerza contra lo que dispone. Lo quarto, porque esta palabra *habian* con que se explica la ley, denota propiedad, y dominio en la cosa, (1) y no hay duda que ambos lo tienen en el lecho. Y lo quinto, porque si se debiera deducir del quinto, lo expresaria la ley, y mandaria que al legatario de él se debolviese. Es asi que no solo no lo manda, sino antes bien que el superstite lo buelva à particion con los herederos del muerto: luego de la herencia de estos, à donde ha de bolver, y no del quinto, debe salir, y sacarse; pues de lo contrario resultaria que los herederos se lucraban en detrimento del legatario de éste, lo qual resiste el Derecho. (2) Por cuyas razones, y porque la ley no distingue de herederos legitimos, ni extraños, por lo que no debemos distinguir, ni es donacion que el uno haga al otro, ni legado, para que se baxe de él, digo que se debe separar, y deducir en los terminos expuestos, habiendo costumbre de llevarlo el superstite, y existiendo viudo al tiempo de la particion, pues no se defrauda la legitima de los hijos en cosa alguna, por no ser parte de ella, ni pertenecerles, y sí à éste, que en vida del difunto ya lo gozaba, y tenia dominio en él.

6o La dificultad segunda es, si habiendo deudas contrai-

(1) Ley Qui habebat, ff. de Rebus dub. Garcia de Expens. cap. 8. n. 41. al fin.

(2) Ley Jure naturæ, ff. de Regul. jur. ley 17. tit. 34. Partid. 7. y cap. Locupletari de Regul. jur. in 6.

traidas en el matrimonio, ò antes por el marido, y ningunos gananciales, tendrá derecho la viuda al lecho con preferencia à los acreedores. Y distinguiendo, digo, que si es el mismo que la muger llevó à su matrimonio, debe ser preferida à todos los de su marido, porque son bienes dotales suyos, que no están sujetos à la responsabilidad de las deudas de éste, aunque al tiempo de casarse se hayan estimado, pues por la estimacion, y aprecio no perdieron la naturaleza, y privilegio de dotales; y asi siempre la compete la accion de dominio en ellos para su recuperacion, (1) como he sentado en el cap. 2. de mi 1. part. §. 2. num. 51.

61 Siendo de los bienes propios del marido, subdistingo: ò los acreedores tienen hipoteca especial en los de que se compone el lecho, ò no. Si la tienen serán preferidos, porque lo son por causa onerosa, y la muger lo pretende por la lucrativa. (2) Y si solo la tienen general, tacita, ò expresa, aunque parece que la muger debia ser preferida como anterior en tiempo, porque en el instante que se casa adquiere derecho à él, en caso de sobrevivir à su marido, y en esta obligacion no viene lo que verosimilmente ninguno obligaria: (3) y à mas de esto está exceptuado expresamente, con otras varias cosas, y no comprehendido en ella, segun Derecho, (4) como he sentado en el cap. 4. de mi 1. part. §. 4. n. 65. pero como la muger lo pretende por causa lucrativa, y no onerosa, y los acreedores por ésta; es unicamente deuda legal entre

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Assiduis, Cod. Qui potiores in pignore habeantur.

(2) Ley Quod autem, §. Simili modo, ff. Quæ in fraudem creditor. y ley final, Cod. de Jure deliberand.

(3) Ley Obligatione generali, ff. de Pignor. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 41.

(4) Ley 5. tit. 13. Partid. 5. & ibi. glos. 1. y 2.

tre ella, y su marido en caso de tener éste bienes, (que se llaman asi los que sobran, deducido lo ageno) y no necesaria, hasta que el marido muere: y al tiempo de su muerte ya están contraidas las onerosas, por eso deben preferirla; (1) pues los acreedores por causa onerosa prefieren à los de causa lucrativa, segun expondré en el capitulo del Juicio de concurso de acreedores §. 2. n. 118. bien que no falta quien diga lo contrario, fundandolo en que es deuda legal absolutamente, y no donacion, sin embargo de estar la ley en el titulo de las herencias, y de que quando alguna materia se comprehende baxo de un titulo, ò rubrica, se debe juzgar ser de la propia naturaleza que ésta.

62 Si el lecho se adquirió constante matrimonio, porque todos los bienes son superlucrados en él, se subdistingue: ò las deudas se contraxeron durante su sociedad conyugal, ò el marido las tenia contraidas quando se casó: si se contraxeron por ambos, preferirán los acreedores à la muger, porque aunque no suene en la obligacion, se entiende obligada, y puede ser reconvenida en lo que en ellos la toque, (2) segun dexo sentado en el cap. 3. §. 3. de este libro, pues no los hay, hasta que se pagan las de la sociedad. (3)

63 Y si el marido las contraxo antes de casarse, sacará la muger la mitad del lecho con la de los gananciales, porque la de estos la tocan por el contrato de sociedad inducido por el matrimonio, y trabajo que en su adquisicion tuvo: por el dominio irrevocable, que muerto el marido adquirió en ella; y porque no está obligada à sa-

(1) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 94.

(2) Ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. Gutierr. dicho lib. 2. y quæst. 94. n. 3. al fin. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 41. vers. Tertio vero casu.

(3) Ley Quintus Mucius 30 ff. Pro socio.

satisfacer las privativas de éste, sino solamente las contraidas durante la sociedad conyugal. (1)

64 Y la dificultad tercera es, ¿si en qualquier tiempo que el superstite se case deberá restitur el lecho à los herederos del muerto, ò solamente reservarselo, y gozar de su usufructo mientras viva? Y respondo, que el viudo, ò viuda, ya se case dentro, ò despues del año, debe restituir à los herederos del difunto el lecho que hubo de él, si su total se deduxo de sus propios bienes, por no haber gananciales: ò su mitad, si por haberlos, se baxó de estos, cuya restitucion debe hacer en el estado que tenga al tiempo de contraer matrimonio segunda vez, y no responder de su deterioro, porque mientras no lo contraxo, lo usufructuó legitimamente, y el usufructuario de bienes, que se envejecen con el uso, cumple con bolverlos segun se hallen quando espira el usufructo, y asi debe constituir la fianza, como he advertido en el cap. 1. de mi 1.part. §. 28. n. 286. y diré en el 7. n.23. de este libro.

65 Y sin embargo de que algunos (2) afirman que los viudos pueden disfrutar el lecho quotidiano durante su vida, aunque se casen en el año de su viudedad, y que en este solo caso están obligados à reservar el todo, ò su mitad (segun de donde se haya deducido) à los herederos del muerto: no me adhiero à su dictamen. Lo primero, porque no estamos en caso alguno de los que la ley 15. de Toro, y otras de Partida, y del Derecho comun, que

(1) Ley 1. y todo el tit. Cod. Ne uxor pro marito conveniat, ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real, y ley 207 del Estilo. Ayor. dicho n 41. vers. Pero si las deudas.

(2) Autor. cit. per Gutier. in dict. quæst. 95. ex n. 1. al 14. Castill. en la ley 15. de Toro vers. Potest etiam. Siguenz. de Claus. dicho lib. 2. y cap. 11. §. 28. n. 188.

que citaré en su lugar, prescriben para la reservacion, y son: quando el marido, ò la muger se donan, ò legan algo, ò succeden abintestato à alguno de sus hijos; pues aqui nada se legan, ni donan, ni lo adquieren uno del otro por voluntad del difunto, sino por la disposicion legal: ni de sus hijos, por haber muerto abintestato, ni por otro motivo, y asi no tienen conexion con el presente. Y lo segundo, porque aquellas leyes permiten la reservacion de lo que hubo un conyuge del otro por contrato lucrativo: y la del fuero inserta tan lexos está de permitirla, que antes por el contrario manda expresa, y literalmente, que el que se buelva à casar restituya el lecho, pues el decir: *E si se casare, tornenlo à particion con los herederos del muerto*, no es otra cosa, que mandar se buelva al juicio divisorio, ò *familiæ erciscundæ*, para que los herederos del difunto lo partan entre sí como los demás bienes de la herencia, de donde salió. (1) Sin que haya diferencia, ni distincion en si el viudo se casa, ò no dentro del año de su viudedad, ni en que los herederos sean legitimos, ò extraños, porque la ley no distingue, y asi no debemos distinguir; y decir lo contrario es interpretacion violenta, y pura divinacion: lo que prevendrá el Contador en la adjudicacion, y presupuesto correspondiente, para dexar ileso el derecho de los herederos, y que el viudo, ò viuda no pueda alegar ignorancia, pues esta es la verdad constante. Y le advierto, que si al tiempo de hacer la particion están casados otra vez, no se les debe abonar el lecho, porque no subsiste la causa de su concesion, y ya tienen otro, y otro matrimonio, por lo que se extinguió el derecho, que por razon de la viudedad les competia à él,

(1) Gutier. ibi. n. 15. Aceved. n.7. y 8. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop.

él, y la ley no concede dos lechos, pues cesando la causa, cesa su efecto; por cuya razon se executorió asi años pasados justamente por el Consejo, con arreglo al espíritu de la ley, segun expliqué en el citado cap. 1. de mi 1. part. n. 252. cerca del fin.

66 Algunos Contadores, para aplicar el lecho legal al superstite, hacen un cómputo, y le adjudican en dinero, ò en otros bienes, lo que à su arbitrio estiman que vale, con atencion à la esfera, y caudal de ambos: lo qual es error craso, y no debe practicarse de esta suerte, y sí valuarse con separacion las cosas de que se compone, y luego aplicarselas con distincion, y claridad, y no dinero por ellas; lo uno, porque la ley no les concede esta potestad, antes bien manda que el viudo lleve el mismo lecho que tenia, y no su importe, ni otras cosas por él: y respecto usarse de ella, ha de ser segun su espiritu, y precepto, y no con interpretacion, ni tergiversacion; y lo otro, porque si llega el caso de su restitucion por bolverse à casar, cumple con restituirlas en el estado en que se hallen: y habiendosele entregado en dinero, ò en otra especie, mal puede graduarse quánta cantidad menos ha de restituir, porque no se tienen presentes las de que ha de hacer la restitucion, ni el deterioro que padecieron con el uso, y asi lo practiqué siempre, porque es lo justo, lo dicta la misma razon, y debe observarse, no pactando lo contrario los interesados, ò no habiendo motivo que lo obste. Y si el marido lega à su muger algun lecho fuera del legal, y tiene hijos, se practicará lo propio, para que si se bolviese à casar lo restituya quando fallezca en el estado en que se halle, pues en este caso puede disfrutarlo mientras viva, y solo está obligada à la reservacion, por no ser el legal sino un legado voluntario.

CA-

CAPITULO VII.

DEL USUFRUCTO, Y COMO SE HAN de dividir los frutos que dexa pendientes el usufructuario.

SUMARIO.

§. I.

1. 2. 3. ¿*QUántas especies hay de servidumbre, quál se llama* real, personal, y mixta, *y quál es el usufructo legal, y convencional*?

4. *El usufructo convencional se divide en* causal, y formal, *y se dice quál se llama causal.*

5. 6. *Se define el usufructo formal, y explica de quántas maneras es, y en qué cosas se puede constituir.*

7. *¿En qué convienen, y se diferencian el usufructo, y el uso*?

8. *¿En qué se diferencian el usufructo, y el legado annuo*?

9. 10. 11. *Constituyendose el usufructo por contrato, ò ultima voluntad, ¿si estará, ò no obligado el usufructuario à pagar las deudas del constituyente, y à enterrarle, y hacerle sus exequias*?

12. 13. *Instituyendo el testador à uno por usufructuario, y à otro por propietario para despues de la muerte de aquel, si tiene censo al quitar sobre sus bienes, ¿quál de los dos deberá pagar los reditos de él, y el diezmo, tributo, y demás cargas de*

los

los que usufructúa.

§. II.

14. 15. *¿Cómo ha de constituir el usufructuario la fianza de usar los bienes que no se consumen con el uso, y si el testador podrá remitirsela, dexandole el usufructo en ultima voluntad?*

16. *¿Cómo ha de usar el usufructuario los bienes muebles, y raices?*

17. 18. 19. *Al usufructuario pertenecen los frutos de los bienes raices, y semovientes productivos que usufructúa, y à costa de ellos debe hacer reparos, y reemplazar de sus hijos los que perezcan.*

20. *Le corresponden las obras, y trabajo del siervo; mas no lo que alguno les dona, ni los hijos que las siervas procrean.*

21. *¿Cómo ha de constituir la fianza de los bienes que se consumen con el uso, ya se aprecien, ò no?*

22. 23. 24. *¿Y cómo la de los que se deterioran con el uso, y hacer su restitucion, ya perezcan enteramente, ò solo se envejezcan?*

25. *Siendo pobre el usufructuario, y de buena vida, ò sospechoso, ¿si estará, ò no obligado à afianzar, ò qué se deberá hacer?*

26. *Constituyendose el usufructo en contrato entre vivos, ¿si se podrá remitir la fianza, ó no?*

27. *Legando el testador à alguno el usufructo de sus bienes, y mandando à uno de sus herederos que afiance al usufructuario: si extinguido el usufructo, paga algo por éste el fiador, no tendrá repeticion por ello contra los coherederos.*

28. *No necesita el usufructuario dar la fianza en quatro casos.*

29. *Puede el testador legar à uno, ò à muchos, ò alternativamente el usufructo, y lo gozarán en la forma que se expresa.*

30. *Legando el testador simplemente à uno la propiedad de un fundo, y à otro su usufructo, ¿cómo dividirán*

rán el usufructo?

31. *¿Y cómo, si instituye à uno por usufructuario de todos sus bienes, y despues lega à otro la propiedad, y usufructo de alguna cosa de aquella especie?*

32. *Legando el testador al usufructuario el usufructo de un fundo, es visto legarle no solo el goce de sus frutos, sino el de los instrumentos, trigo, y aperos para labrarlo, y sembrarlo.*

33. 34. *Instituyendo el testador à sus hijos por herederos de todos sus bienes, y à su muger, ò à otro extraño por usufructuario de ellos, ¿en qué cantidad tendrà cabimiento el usufructo?*

35. 36. *En el legado de usufructo de todos los bienes del testador, ¿si se comprehenden, ò no los frutos cogidos, y pendientes, y deberá, ò no el usufructuario restituirlos, y afianzar por ellos?*

37. *Si el testador dexó à su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre éstos alguna porcion de dinero, que sus herederos ignorando su disposicion emplearon en trafico, y compañia, y rindió utilidades, no llevará la muger cosa alguna de éstas.*

38. 39. *Legando el testador à su muger, ò à otro el usufructo de todos sus bienes muebles, ¿si en ellos se comprehenderán, ò no los venales?*

40. 41. *El derecho de acrecer há lugar en el usufructo, como en la propiedad.*

42 *No há lugar quando marido, y muger hacen donacion à alguno de todos sus bienes, reservandose el usufructo, y muere uno de los donantes, pues no se acrece al superstite.*

43. *Por siete causas espiran, y se extinguen el usufructo, y uso.*

§. III.

44. *Pertenecen al usufructuario los frutos que dexa cogidos, aunque no viva todo el año; y al propietario los pendientes en los bienes del usufructo.*

Lo

45. 46. *Lo propio milita en el caso de que parte de los frutos naturales estén cogidos, y parte pendientes, y para con las pensiones de los fundos productivos.*

47. *Si el testador instituye à uno por usufructuario de todos sus bienes, y à otro por legatario en propiedad, y usufructo de un predio, llevará éste el predio segun se le legó, y el otro el usufructo de los demás bienes.*

48. *Entre el Señor, y herederos del usufructuario se han de prorratear las pensiones de la locacion del trabajo del siervo, y otras.*

49. 50. *Instituyendo el testador à uno por usufructuario de todos sus bienes, ¿si deberá, ò no percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que el propietario lo acepte?*

51. 52. *¿Quándo se dirán, ò no percibidos por el usufructuario los frutos, para que sus herederos los hagan suyos?*

§. I.

DE LAS ESPECIES DE USUFRUCTO, en qué conviene, y se diferencia del uso, y legado annuo, y si el usufructuario debe, ò no pagar las deudas del testador, y cargas de los bienes que usufructúa.

1 IMpertinente, ò fuera de proposito parecerá el tocar en este tratado la materia de usufructo; pero como muchos testadores, que carecen de herederos forzosos, suelen dexar à sus mugeres, ò à otros el del todo, ò parte de sus bienes, y à otros la propiedad, y para que se sepa lo que han de usufructuar, es preciso hacer particion, si el marido, ò la muger son los usufructuarios, ù

otro,

otro, tengo por conveniente explicar (à fin de tinturar al Contador) las obligaciones del usufructuario, cómo se han de dividir los frutos que dexa pendientes, y otras cosas à este asunto concernientes; y en su exposicion, digo, que las principales especies de servidumbre son tres: una se llama *real*, y es la que un fundo, casa, ù otra cosa urbana, ò rustica debe à otra.

2 Otra se titula servidumbre *personal*, y es la que una persona debe à otra, v. g. el derecho que el Señor tiene en su siervo; (1) bien que ésta no es propiamente servidumbre, ò usufructo *formal*, sino *causal*, que depende de su causa, qual es el dominio, porque no puede verificarse en la cosa en que el hombre tiene plenamente éste: (2) y solamente se le puede dar con propiedad el titulo de *personal*, quando el dueño del siervo concede à alguno su servidumbre, ò trabajo por contrato, ò ultima voluntad.

3 Y la otra se llama *mixta*, porque se debe por la finca à la persona, v. g. el uso, la habitacion, y el usufructo. Este usufructo es de dos maneras, *legal*, *y convencional*: el legal es el que proviene de la disposicion de la ley, v. g. el que tiene el padre en los bienes adventicios de su hijo, mientras existe en su poder, y los conyuges en lo que hubieron uno del otro, y deben reservar quando pasan à otras *nupcias*. Y el convencional es el que se adquiere por contrato, ò ultima voluntad, (3) del qual paso à tratar. El

(1) Leyes del tit. ff. de Statu homin. y del tit. De his qui sunt sui, vel alieni juris, y §. 1. y todo el tit. Institut. de Jure personar.

(2) Ley In re communi, ff. de Servitut. urban. prædior. ley Uti frui, ff. Si usus fructus petat. y ley Cum in fundo, ff. de Jure dot. Bart. in leg. 1. ff. de Servitut. Jason, y Faber. in §. Æque si agat institut. de Action.

(3) Ley 8. al fin, ff. de Pericul. & commod. rei vendit.

4 El usufructo convencional se divide en *causal*, y *formal*. Se llama causal el que tiene el dueño en su misma alhaja, que viene à ser la utilidad, redito, ò fruto que de ella percibe, el qual es inseparable de la propiedad; por cuya razon, y porque no puede caer, ni verificarse en finca, ò alhaja, en que el hombre tiene pleno dominio, excepto en el caso, y modo propuestos en el num. 2. no se titula con propiedad usufructo. (1)

5 El usufructo formal, y verdadero (que se distingue, y separa de la propiedad) *es un derecho de usar, y gozar de las cosas agenas, dexando salva, è ilesa su propiedad, y sustancia.* (2) Es de quatro maneras: *natural, industrial, legal, y convencional.* El natural es el que produce la naturaleza por su propia virtud, sin que el hombre ponga su industria, v. g. los arboles, viñas, olivos, &c. El industrial es el que la necesita para ser producido, v. g. las tierras, que no producen, sino las siembran, y cultivan. El legal, ya sea natural, ò industrial, es el que la ley concede, v. g. al padre el de los bienes adventicios de sus hijos. Y el convencional es el que proviene de la concesion del hombre por contrato, ò ultima voluntad. De lo qual tratan latamente los Autores citados en el cap. 1. de mi primera parte §. 28. num. 283. y de otras cosas, de que por no ser preciso que el Contador las sepa, omito la explicacion.

6 Puede constituirse en las cosas raices, (3) en las muebles, que no se consumen, pero se deterioran, ò envejecen con el uso, v. g. trastos de casa, ropas, alhajas de pla-

(1) Ley Uti frui cit. ley Si cum argentum 21. §. Si fundum meum, ff. de Exception. rei judicat. ley Si unus, §. Item si pactus sum, ff. de Pact. y ley Usufructu, ff. Solut. matrim. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 2.

(2) Ley 1. ff. de Usufruct.

(3) Ley Omnium prædiorum 3. ff. de Usufruct. & quemadmodum.

plata, oro, &c; en las que con él se consumen, y reciben la funcion en su mismo genero, v. g. aceyte, vino, trigo, y demás semillas, pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria, y quotidianamente se deben consumir, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso; y en las semovientes, v. g. siervos, bueyes, bacas, ovejas, machos, yeguas, y otros ganados.

7 Se diferencian el usufructo, y el uso: Lo primero, en que el que tiene el usufructo, gana, y hace suyos todos los frutos, rentas, y aprovechamientos de la cosa que usufructúa, y los puede vender, arrendar, y enagenar, aunque no el derecho de usufructuar, porque es personal, y no transmisivo, pero el que no tiene mas que el uso, puede aprovecharse solamente de lo que para su gasto, y el de su casa necesite, mas no para vender, ni dar à otro el exceso que rinda, ni enagenar, ni empeñar la cosa en que se le concedió el uso. Y lo segundo, en que el que tiene el usufructo, debe hacer de los frutos los reparos, labores, y demás cosas necesarias à la conservacion de las alhajas, y bienes que usufructúa, y satisfacer de ellos las pensiones annuales; pero el que tiene solamente el uso, à nada está obligado, à excepcion de que la cosa sea tan pequeña, que él solo la disfrute enteramente, y se aproveche de todo su producto, pues en este caso à todo lo estará. Y convienen en que asi el usufructuario como el usuario deben afianzar, aquel en la forma que se expresará en los numeros desde el 14. al 24. segun sean los bienes que ha de usufructuar, y éste que usará de la alhaja à buena fé, sin hacer en ella cosa alguna, por la qual se le irrogue detrimento, ni se pierda. (1)

Tam-

(1) Leyes 20. 21. y 22. tit. 31. Partid. 3.

8 Tambien se diferencian el usufructo, y el legado annuo: Lo primero, en que el usufructo se dexa regularmente al usufructuario por toda su vida, (1) pero el legado annuo se hace solamente por ciertos años. (2) Y lo segundo, en que el usufructuario no hace suyos los frutos que dexa pendientes quando fallece, pues como personal se extingue con la persona; por lo que para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que antes de su muerte estén cogidos, ò separados del suelo, (3) como diré en el §. 3. pero al que tiene legado annuo tocan, aunque no lo estén: y asi muriendo despues de entrado el año, puede dexar integros los frutos de éste à su heredero, porque los pendientes, ò maduros aumentan el legado: (4) acerca de lo qual, y de otras especies utiles concernientes à este intento, vease al Señor *Castillo de Usufruct.* cap. 8.

9 Como el usufructo ha de ser de los bienes propios del que lo concede, ¿ se duda si el usufructuario de todos debe, ò no pagar las deudas de éste, y los legados que haga? Y distinguiendo, digo, que si el usufructo fue constituido por contrato entre vivos, no está obligado à satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion, y obligacion personales no siguen al particular succesor, y deudor. (5) Y asi en este caso debe ser reconvenido el propietario, ò sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propie-

(1) §. Finitur institut. de Usufruct.

(2) Ley Cum in annos 11. ff. de Annuis legat.

(3) Ley Defuncta fructuaria 58. ff. de Usufruct. & quemadmodum.

(4) Ley In singulos 8. & ibi. glos. ff. de Annuis legat. Parlador. different. 29. n. 3.

(5) Ley Quædam, §. Is autem, ff. de Edendo, ley penult. Cod. de Obligation. & action. y ley Adhuc, §. Si operas, ff. de Usufruct.

piedad, y usufructo en caso que esté hipotecada à su seguridad, pues no estandolo, se venderá solamente la propiedad, à menos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufructo, pues entonces éste, y aquella se venderán. (1) Sobre lo qual, y para su mayor inteligencia, veanse los Autores que se citan. (2)

10 Y si se constituye en ultima voluntad, está obligado el usufructuario à pagarlas de los bienes de la herencia, ya estén, ò no hipotecados à su satisfaccion, y tambien los legados annuos, y à enterrarle, y hacerle sus exequias, porque el legado de usufructo se entiende unicamente de los bienes propios del que lo dexa, de los quales es válido, y no de los agenos que existen en su poder, ò à que es responsable: (3) pues no se llaman, ni son bienes del testador, sino el residuo liquido, que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufructuario. (4)

11 Se limíta la conclusion sentada en el numero inmediato, quando el testador legó solamente à uno el usufructo de cierto fundo, ò de otras cosas determinadas, ò de la mitad, tercera, quarta, ò quinta parte, ù otra quota de sus bienes, pues entonces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demás de la herencia: y no queriendo satisfacerlas de éstos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios, como se prueba de la

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 8.

(2) Cras. in §. Legatum quæst. 35. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 143. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 59.

(3) Ley Usufructu bonorum, ff. ad leg. Falcid. ley final, §. Sin autem, Cod. de Bonis quæ liberis, ley final, §. Et si præfactam, Cod. de Jure deliberand. y ley final, ff. de Usufructu legat. Gom. ibi. Parlador. lib. 2. Rer. quotid. part. 4. cap. fin. §. 2. n. 8.

(4) Ley Subsignatum, §. Bona, ff. de Verbor. obligation. ley Mulier bona, ff. de Jure dotium. Gutier. lib. 5. Pract. quæst. 3. ex n. 17. al 20.

la ley final, ff. *de Usu, & usufruct. legat.* que dice: *Nihil interest utrum bonorum quis an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducètur: & quod inactionibus erit, computabitur; at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.* Lo qual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ò se infiera de su voluntad, pues en otros terminos no está obligado el legatario al debito hereditario, sino solamente el heredero. (1) De esto tratan latamente *Guerreiro de Inventar. lib.* 4. *cap.* 2. *ex n.* 25. hasta el fin, con veinte y una ampliaciones, y catorce limitaciones, y el Señor *Castill. de Usufruct. cap.* 58. *y* 59. à quienes puede ver el Jurista, pues por no ser de la inspeccion del Contador lego, omito molestarle con su explicacion.

12 Si el testador dice: *Dexo por heredero universal de mis bienes à mi hermano Pedro, para que los goce, y posea por toda su vida: y para despues de ésta instituyo por heredero de ellos à Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres.* Y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿se dificulta à quién pertenece la satisfaccion de sus reditos annuales? Sobre lo qual hay discrimen de pareceres. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia, como por fideicomiso. (2) Y otros (à cuyo dictamen me inclino) dicen, que no

(1) Ley Pro hæreditariis, Cod. de Hæreditariis action. ley 1. Cod. de Reb. credit. y ley Ea, quæ, Cod. Familæ ercircund. Ayor. part. 2. quæst. 21. n. 67. Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 11. n. 98. hasta el fin.

(2) Jason in leg. Extraneum, Cod. de Hæredib. instituend. Sr. Greg. Lop. en la ley 15. tit. 3. Partid. 6. glos. 1. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 14. n. 11. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 9.

no es heredero verdadero, sino solamente usufructuario. (1)

13 Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, ò usufructuario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado, puede retener la quarta *trebelianica* de lo liquido, deducidas deudas, mas no siendo usufructuario: (2) se sigue de aqui, que el usufructuario aunque no está obligado à pagar de su usufructo las deudas de la herencia, pues (como dexo expuesto) se han de satisfacer de los bienes de ella, pero sí el redito annuo de la misma comodidad, ò frutos que de ellos percibe, porque de su producto liquido, bajadas cargas, es de lo que le instituyó usufructuario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gavela, y otras cargas, aunque hayan sobrevenido al usufructo, (3) como senté al fin del num. 285. cap. 1. de mi primera parte, por ser una cosa el pagar el gravamen annual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, lo qual es satisfacer las deudas de ésta, à lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital: (4) y si no quiere pagar el redito, y dá lugar à que por él se executen los bienes, puede el propietario redimirlos, y retenerlos para sí despues de pagado. (5)

SI

(1) Paul. de Castr. consil. 460. Paul. de Montepic. in leg. Titia, § Titia cum nuberet. ff. de Legat. 2. Sr. Covar. lib 2. Var cap. 2. n. 5. Parlador. dicha different. 29. n. 13.

(2) Los titul. ff. ad Senatus consultum Trebellian. y ff Usufructuarius quemadmodum caveat.

(3) Ley Hactenus, ff de Usufruct. y ley 22. tit. 31. Partid. 3. verb. E si diezmo, ò otro tributo, & ibi. glos. 5.

(4) Bart. & DD. in leg. Julianus, §. Hæres, ff. de Legat. 1.

(5) Parlador. different. 29. dicha n. 17. al fin.

§. II.

SI ESTARA, O NO OBLIGADO el usufructuario à constituir, ò dar fianza para gozar el usufructo, y cómo debe darla: quándo en éste habrá, ò no lugar el derecho de acrecer, y por qué causas se extingue.

14 PARA poder gozar el usufructuario el usufructo que se le dexó de los bienes, que no se consumen con el uso, ya sean muebles, ò inmuebles, debe dar fianza, caucion, ò seguridad de usarlos, y gozarlos à arbitrio de buen varon, conservandolos de modo, que por su culpa, ò negligencia no se pierdan, ni deterioren, y restituyendolos segun se le entregan quando espire el usufructo. Lo qual procede hasta para con el marido, que es usufructuario de los de su muger. (1)

15 No puede el testador remitirle esta fianza, si le dexa el usufructo en ultima voluntad: Lo primero, por evitar el dolo futuro, pues sería motivo de que abusando de la remision, disipase los bienes, como que se le ponia en la

(1) Leyes 13. 14. y 15. §. Et generaliter, y ley 16. ff. de Usufruct. & quemadmodum, leyes del tit. ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. ley Uxori fructu 24. ff. de Usu, & usufruct. leyes 1. y 4. Cod. de Usufruct. y ley 20. tit. 31. Partid. 3. y §. 1. y §. Constituitur institut. de Usufruct. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 17. n. 4. y cap. 19.

la ocasion de delinquir. (1) Lo segundo, porque su voluntad es que el usufructuario conserve la propiedad de ellos para el propietario: y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique, sino interviene la fianza, ò caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla. Y lo tercero, porque siendo asi que su animo es no dexarle mas que el usufructo, se sigue de remitirsela, que le concede tácita facultad para usar à su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa, y salva para el propietario, lo qual implica. (2)

16 El modo de usar el usufructo à arbitrio de buen varon, es cuidar de los bienes muebles, y tratarlos como suyos: y en quanto à los raices, labrar las tierras à los tiempos oportunos, y à toda ley como buen labrador, plantar arboles en lugar de los que se sequen, pierdan, y arranquen, y hacer en las casas, y demás edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina: y si las arrienda el usufructuario, (pues puede hacerlo) que sea à persona de buena vida: (3) y en estos terminos ha de constituir la fianza.

17 Al usufructuario pertenecen los frutos naturales, y civiles de los bienes de que se le dexa el usufructo, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos, y disponer de ellos à su arbitrio. (4) Y asi de las tierras, viñas, oli-

(1) Gutier. in leg. Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. n. 279. Roland. de Inventar. quæst. 36. n. 1. quæst. ult. n. 7. y consil. 92. n. 2. lib. 1. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 15. n. 27. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 11. n. 24. y cap. 15.

(2) Sr. Castill. dicho cap. 15. n. 30. y 31. Pegas Forens. cap. 15. n. 239. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. n. 24.

(3) Leyes 22. y final tit. 31. Partid. 3. ley Usufructu legato 7. §. 2. vers. Hactenus, y ley Agri 18. ff. de Usufruct. & quemadmodum quis utatur.

(4) Dicha ley Usufructu legato, y leyes 20. y 24. tit. 31. Partid. 3.

olivos, huertas, arboles, censos, juros, y demás bienes conceptuados por raices, le tocan los que producen. De las casas, molinos, y edificios, sus alquileres; pero à costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previniendo, que el usufructuario convencional no está obligado à hacer los reparos mayores que conciernen à su perpetua utilidad, pues estos tocan al propietario; por lo que si en ellos hiciere expensas grandes, puede repetirlas de éste, como que las hizo en su nombre, y como su Procurador; y lo propio milita en las hechas en pleyto por defender, ò reivindicar los bienes. (1) Lo qual es al contrario en el usufructuario legal, v. g, el padre, que tiene el usufructo en los bienes de su hijo, pues está obligado à executarlos. (2) Y sobre quáles se llaman reparos mayores, ò menores, se debe dexar al arbitrio del Juez, para que los gradúe, atendida la qualidad de la cosa, sus frutos, ò producto, y las expensas, y no de otro modo; acerca de lo qual, y de si estará, ò no obligado à los gastos de pleytos, vease al Señor *Castill. de Usufruct.* cap. 55. 56. y 57. per tot.

18 De los bienes semovientes productivos, v. g. bacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas, &c. debe percibir tambien el usufructuario, y le tocan no solo la lana, leche, miel, cera, y manteca que producen, sino las crias, ò hijos que procrean; pero en caso de fallecer, ò inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, está obligado à substituir, y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas, o inutilizadas. Lo qual pro-

(1) Ley Usufructu legato cit. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 7. vers. Item. adde, & ibi. Aillon n. 8. vers. Quod usufructuarius. Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 31. Partid 3. glos. 1. y 2 Pinel. in leg. 1. Cod. de Bon. matern. part. 2. n. 72.

(2) Gom. ibi. vers. Nec obstat.

procede, y se entiende quando se le dexa genericamente el usufructo de algun rebaño: pues siendo solamente de algunas cabezas, ò animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue su usufructo; (1) y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo, y suplemento. (2) Y lo mismo milita quando no son animales productivos, v. g. bueyes, caballos, machos, carneros, pues estos no paren, por lo que muriendose, se extingue su usufructo por la propia razon, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte §. 28. n. 286. y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y asi no estará obligado à su restitucion, excepto que haya tenido culpa en su fallecimiento, ni à la de su valor.

19 Si habiendose legado un rebaño al usufructuario, pereciesen tantas cabezas, que ya dexe de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue el usufructo, mas no si una, ù otra fallece, como se prueba de la ley ult. ff. *Quibus modis ususfructus, vel usus amittatur*, ibi: *Cum gregis ususfructus legatus est, & usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus.* Y sobre quando se diga que es, ò no rebaño, se debe dexar al arbitrio del Juez sabio, y prudente, atendida la costumbre del País, y haberes del testador. (3)

20 Corresponden igualmente al usufructuario, y hace

(1) Leyes Vel inutilium 69. y Quid ergo 70. §. Sed quod dicitur 3. ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley final, ff. Quibus modis ususfructus amitat. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 27. n. 11. al 15. Gom. cap. 15. cit. n. 7. & ibi. Allon dicho n. 8.

(2) Glos. in §. In pecudum institut de Rerum division. y glos. 4. de la ley 21. tit. 11. Partid. 4.

(3) Connan. Commentar. Jur. lib. 4. cap. 2. n. 5. Sr. Castill. ibi. n. fin.

ce suyas las obras que los siervos executan, ò lo que ganan, y adquieren con su industria, y trabajo, mas no lo que alguno les lega, ò dona, à menos que conste de la voluntad del donante. Tampoco le corresponden los hijos que las siervas procrean, porque siendo como es el hombre la causa de la produccion del fruto natural, sería absurdo, y oprobio el que se le numerase entre los brutos, y comparase con ellos; por cuya razon no se constituye dueño de los partos de las siervas. (1)

21 De los bienes que se consumen con el propio uso, por recibir la funcion en su genero, y no poderse conservar mas de tres años, y consisten en numero, peso, ò medida, v. g. aceyte, miel, vino, trigo, y demás semillas, puede usar tambien, y disponer à su arbitrio. Pero como el usufructo de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse, ni usufructuarse, sino gastandolas, y consumiendolas, (por lo que se llama *quasi usufructo*) para constituir la fianza el usufructuario, se deben apreciar previamente por lo justo; y hecho, la constituirá de bolver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian, ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida, y numero, quando espire el usufructo, (2) y no constituirse alternativamente en qualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos. Y si es dinero, ha de darla de bolver la misma cantidad numero identica que recibió: (3) y en estos terminos

(1) Leyes 22. y 23. tit. 31. Partid. 3. ley Vetus fuit quæstio 68. ff. de Usufruct. & quemad modum, y ley In pecudum 28. ff. de Usur.

(2) Ley Si tibi, ff. de Usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, y §. Constituitur institut. de Usufruct. Sr. Castill. de Usufruct. cap 17. ex n. 9. al 19. Gracian. regul. 279 n 6.

(3) Dicho §. Constituitur, ley Si tibi 6. y ley Quoniam 10. ff. de Usufruct. earum rerum. Sr. Castill. ibi. n. 7. y 8.

nos se ha de entender lo que en el cap. 1. de mi primera parte num. 285. tengo explicado acerca de este particular.

22 Y de los que no se consumen, sino que se deterioran, y envejecen con el uso, v. g. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos, ò muebles de casa, coches, y otros semejantes, (en los que no puede constituirse propia, y adequadamente el usufructo, porque nada producen, sino impropiamente) pertenece igualmente el usufructo al usufructuario, y debe dar fianza de usarlos à arbitrio de buen varon. (1)

23 ¿Pero se dificulta en qué terminos ha de hacer su restitucion, y constituir por consiguiente la fianza? Acerca de lo qual afirman algunos, que está obligado à bolver la estimacion que se les dé, porque tasandose, se le transfiere su dominio, y pasa à la clase de legado de cantidad. Y otros dicen, que cumple con restituirlos en el estado que se hallen al tiempo que el usufructo espire: y que solo estará obligado à responder de su deterioro en caso que por su culpa, ò negligencia lo padezcan, y no de otra suerte. (2) Y à la verdad me hace fuerza este parecer, por ser conforme à la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufructuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso: y de estar obligado à bolver la estimacion, lexos de experimentar utilidad, se le irrogaba perjuicio, carga, y gravamen en custodiarlos,

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. cit. n. 3. Arllon ibi. n. 4. vers. Magna est autem.

(2) Ley Si quid 15. §. Et si vestimentorum, ff de Usufruct. & quemadmodum, ley 1. ff. Usufructuarius quemadmodum caveat. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 24. n. 74. Parlador. different. 29. n. 23. Fachineo lib. 8. Controvers. cap. 41.

los, conservarlos, y pagar en dinero lo que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se dá en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, antes bien se baxa la tercera, ò quarta parta, ò la mitad, segun su calidad, hechura, y estado. Y asi me adhiero à esta segunda opinion que he visto practicar siempre; y no conduce poco al intento lo que dicen el §. 3. de la ley 9. ff. *Usufructuarius quemadmodum caveat*, ibi: *Si vestis usufructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam hæres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adstrictam reddiderit.* La ley final del mismo tit. y la *Hic editali* 6. §. *His illud*, *Cod. de Secund. nupt.* Sobre lo qual vease al Señor *Castill. de Usufruct. cap.* 17. *ex n.* 24. *y cap.* 51. *à Cancer. part.* 3. *Variar. cap.* 20. *ex n.* 211. *à Ayor. part.* 2. *quæst.* 24. y à los que citan.

24 Pero si los referidos bienes muebles perecen, y se consumen enteramente, aunque sea sin dolo, ni culpa del usufructuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza, y recibió su usufructo, porque ha de usarlos, y disfrutarlos, conservando siempre su propiedad, y sustancia: y de aniquilarse, o perecer, está obligado à su estimacion, y mas quando puede conservarlos, pues se presume, que à lo menos tuvo negligencia culpable en dexarlos perecer, y que no los usó à arbitrio de buen varon; por lo que conviene, que antes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion. (1) Lo qual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el numer. 18.

25 No está obligado el usufructuario à dar la fianza ex-

(1) Parlador. ibi. n. 24.

expresada, si es tan pobre, que por solo serlo, no encuentra quien le fie: en cuyo caso siendo de buena vida, y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes à arbitrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos à su tiempo, segun por Derecho se manda. Pero si es sospechoso de fuga, ò de conducta irregular, ò forastero, se deberán sequestrar, y depositar en persona lega, llana, y abonada à arbitrio del Juez, ò en el propietario de quien perciba el usufructo, y por cuya recta administracion no perezca, ni se deteriore la propiedad, (1) y esto es lo mas seguro.

26 Aunque siendo constituido el usufructo en ultima voluntad, no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufructuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el num. 15. pero si se constituye por contrato entre vivos, dicen los Autores (2) que se puede remitir. Yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley 4. *Cod. de Usufruct.* parece dice que lo mismo se debe practicar en un caso, que en otro, segun se prueba de su contexto: *Usufructu constituto, consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam læsionem ex usu proprietati adferat. Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.* Y à esto me inclino.

27 Legando el testador à alguno el usufructo de sus bie-

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 3. vers. Item adde. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. fin. n. 158. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 18. per tot. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 218 Barbos. in Collectan. leg. 4. Cod. de Usufruct. n. 8

(2) Bart. Bald. Salicet. y Fulgos. in leg. 1. Cod. de Usufruct. Menchac. de Successionum creat. lib. 1. §. 7. n. 34. Gom. ibi. vers. Et adde quod prædicta satisdatio. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 15. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. n. 16. y 17.

bienes, y mandando à uno de sus herederos que afiance al usufructuario, si extinguido el usufructo pagare algo por éste el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion, ni repeticion contra los coherederos, porque no lo hizo de su orden, ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador, como dixo el Jurisconsulto Papiniano. (1) Y lo mismo que queda expuesto en quanto al legatario de usufructo, se debe tener en otras causas, por la razon mencionada: pues de lo contrario, con facilidad podia el testador eludir, y defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza. (2)

28 No necesita el usufructuario dar la fianza en quatro casos: El primero, quando no se duda que ha de venir à él, ò à sus herederos la propiedad de los bienes. (3) El segundo, quando el Fisco queda por usufructuario, porque siempre es idoneo para pagar, y bolver los bienes al propietario. (4) El tercero, quando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que *pleno jure* le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun Derecho le obliga à darla. (5) Y el quarto, quando el usufructo no ha de bolver al propietario, ò verdadero heredero del testador. (6)

29 El testador puede dexar à uno solo, ò à muchos el

(1) Ley Tribus 8. ff. de Usufruct. earum rerum. Bald. in leg. Indebitam, ff. de Condition. indebiti. Jason in leg. Quod dictum, ff. de Pact. n. 10. Fabian. de Emption. & vendition. part. 3. al princip. n. 63.

(2) Roman. singular. 798. Segur. in leg Si ex legati causa n. 73. ff. de Verbor. obligation. Parlador. dicha different. 29. n. 21.

(3) Ley Si ususfructus 9. §. Plane, ff. Usufructuarius quemadmodum caveat.

(4) Ley 1. §. Si ad fiscum 18. ff. Ut legatorum caveatur.

(5) Ley fin. Cod. de Bonis quæ liberis.

(6) Ley Antiquitas 14. Cod. de Usufruct.

el usufructo de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad, ò segun la parte que les señale, (1) porque es divisible, y puede competirles parcialmente: y asi pueden dividirlo entre sí, ò arrendarlo, y dividir el arrendamiento. (2) Pero si lo lega à muchos alternativamente por años, será preferido el que antes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y asi los demás por su orden, (3) y si alguno de estos fallece antes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno à él sus herederos, porque no lo adquirió por haber premuerto.

30 Puede legar tambien simplemente, ò sin condicion à un sugeto la propiedad de un fundo, y à otro el usufructo de él; en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad integra, sino la mitad del usufructo, y el usufructuario la otra mitad de éste: de modo, que ambos concurrirán igualmente à su percibo, no mandando el testador lo contrario. (4) Y la razon es, porque el fundo consiste en la propiedad, y usufructo juntamente: (5) y como por el hecho de legar al uno el fundo, es visto legarle no solo su propiedad, sino el usufructo, que es el todo integral: y legando éste solamente al otro, parece que le lega tambien el fundo que legó à aquel, por eso como conjuntos en la misma cosa, (que es el usufructo) concur-

(1) Ley Si ususfructus legatus, §. fin. ff. de Usufruct. ley Duos, ff. de Usufruct. legato, y ley 1. y el tit. ff. de Usufruct. accrescend.

(2) Ley 1. §. Si usufructu, ff. ad leg. Falcid. ley 5. §. 1. ff. de Usufruct. y ley Communi dividundo, §. Cum de usufructu, ff. Communi dividund.

(3) Ley Quoties, ff. de Usufruct. & ibi. glos. & DD. Gom. dicho cap. 15. n. 4. & ibi. Anton.

(4) Ley Si alii fundum 19. y ley Sempronio ea, quæ 33. ff. de Usu, & usufruct. legat. y leyes Idem Neratius 3. y Si proprietas 9. ff. de Usufruct. accrescend.

(5) Ley Qui usumfructum, ff. de Usufruct.

curren, y son admitidos igualmente à su percepcion, y disfrute. (1)

31 Pero no sucederá esto quando generica, y universalmente lega à uno ciertos bienes, v. g. siervos, caballos, &c. ò le instituye por heredero usufructuario de todos sus bienes, y despues lega à otro alguna cosa de las de aquella especie, ù otra determinada en propiedad, y usufructo: porque este legado especifico deroga el generico en aquella parte, y separa de él la cosa legada. Ni quando lega à uno cierta cosa integral, y luego à otro parte cierta de aquella cosa, v. g. el fundo integro al primero, y despues la tercera, quarta, quinta, ò sexta parte del propio fundo al segundo. (2) Ni tampoco quando lega à uno el usufructo de todos sus bienes, y à otro el de un fundo solamente: pues aquel no concurrirá con éste, porque aunque el genero se deroga por la especie, esto se entiende quando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso. (3) Otras varias especies, y casos trae el Señor *Castillo* en el cap. 47. *de Usufructu*, à quien puede ver el aplicado.

32 Si el testador lega el usufructo de un fundo al usufructuario, es visto legarle, no solo el goce de sus frutos, ò su usufructo, sino tambien el de los instrumentos, y aperos necesarios que tenia diputados para labrarlo, v. g. mu-

(1) Gom. dicho cap. 15. n. 5. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 47. n. 1. al 4.

(2) Ley Uxorem 41. §. Codicillis, y §. Felicissimo, ff. de Legat. 3. ley In toto jure 80. ff. de Regul. jur. y Regul. Generi per speciem de Regul. jur. in 6. Bald. in leg Quot ens al fin, Cod. Familiæ erciscund. Angel. in §. Usus-fructus institut. de Usufruct. col. 1. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 14 Gom. dicho cap 15. n. 5.

(3) Ley Quæsitum 12 §. fin. ff de Instruct. vel instrument. legat Roland. consil 8. n. 37 Mantic. de Conjectur. lib. 9. tit 6. n. 23. Menoch. lib 4. præsumpt. 140. n. 36. Sr. Castill de Usufruct. dicho cap. 47. ex n. 13. al 16.

mulas, ò bueyes, arados, &c. Y lo propio milita, si tenia trigo separado, y destinado para sembrar en él, pues todo se entiende comprehendido en el legado del usufructo, baxo la obligacion de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza. (1)

33 Dexando el testador por herederos de todos sus bienes à sus hijos, y por usufructuaria de ellos à su muger, ò à otro extraño, valdrá el legado del usufructo en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente, sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él integramente, no se les debe imponer gravamen en su legitima, ni perjudicar en la propiedad, ni usufructo de ésta, (2) la qual no se comprehende en aquel, à menos que conste de la voluntad del testador. Y lo mismo procede en quanto al tercio para con los ascendientes legitimos. (3)

44 Y aunque *Ayora de Partition. part. 2. quest. 21. n. 70. al 75.* y otros, dicen, que el legado del usufructo de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor, ò estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador: y se fundan en que se puede dar su importe al legatario en dinero, ò en los mismos bienes, y à los herederos su legitima en propiedad, y usufructo, haciendo la regulacion, y computacion por la vida del usufructuario, segun la forma por Derecho (4) prescripta en

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 20 tit 31. Partid. 3. glos. 8. Bald. in leg Item si fundi 9. §. Seminari autem, ff de Usufruct. & quemadmodum. Menoch. consil. 140. n. 21. al 23.

(2) Authent. Novissima, Cod. de Inofficios. testam. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 26. vers. Sed his non obstantibus.

(3) Bart. in leg. Fundi trebetiani, ff de Usu, & usufruct. legat. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 11. n. 56 Gutier. lib 5. Pract. quæst. 18. n. 4 al 12.

(4) Leyes Cum Titio 55. y Computationi 68. ff. ad leg. Falcid. y leyes Non amplius 26. y Potest 27. ff. de Legat. 1.

casos semejantes, porque lo util no se vicia por lo inutil; (1) y siempre es visto que el testador elige los medios, por los que valga el acto, y no se frustre su voluntad. (2) Esto se entiende, quando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado, existiendo los hijos, y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufructo de las otras quatro partes, de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufructo de todos los bienes en quanto no exceda su importe, ò contentarse con su legitima en propiedad, y usufructo; pero en caso de duda, y no constando qual fue la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el numero inmediato, como opinion mas comun, y conforme à nuestro Derecho. (3) De cuyo caso, y de otros trata mas latamente *Morquech. de Divis. honor. lib.* 4. *cap.* 11. *ex n.* 44. à quien podrá ver el Contador aplicado, pues por no ser preciso para las particiones, no me dilato mas.

35 Quando el testador lega à alguno el usufructo de todos sus bienes, vienen, y se comprehenden en el legado, no solo los mismos bienes muebles, y raices, sino los frutos cogidos, y separados del suelo, y las rentas, ò pensiones que de ellos dexó vencidas, porque todos son herencia del difunto: y asi tocan al legatario, ò usufructuario como tal, y los debe llevar, otorgando la respectiva fianza; (4) y si las tierras están sembradas, ò beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las la-

(1) Regla utile per inutile de Regul. jur. in 6.

(2) Ley 3. ff. de Militari testament.

(3) Sr. Castill. de Usufruct. cap. 45. n. 14 y 15. Gutier. dicho lib. 5. y quæst. 18. ex n. 13.

(4) Leyes Usufructu legato 7. Quamvis 8. Item si fundi 9. y Quoties n. 34. §. fin. ff. de Usufruct. & quemadmodum, & ibi, Bart. Bald. Angel. y Alberic.

labores, y semillas, y de su importe constituirla, pues éstas no son frutos. Lo qual se entiende, ya sean propias del testador, ò agenas las fincas sembradas; pues siendo arrendadas, deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tacitamente à su responsabilidad.

36 Pero si al tiempo de su muerte están pendientes, y mostrados en los fundos, ò arboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar, ni de restituirlos, pues los hace suyos, porque se contemplan una misma cosa con estos, è incremento de ellos à causa de ser inseparables, y no cosa distinta, ni separada, (1) y el Derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. (2) Lo qual se entiende, no mandando el testador lo contrario, ò no disponiendo de ellos en otra forma, pues entonces se debe observar su voluntad: y para la mayor inteligencia vease al Señor *Castill. de Usufruct. cap.* 42.

37 Si el marido dexó à su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porcion de dinero, y sus herederos igñorando lo que habia dispuesto por estar muy distantes, lo dieron à censo, ò lo emplearon en algun trafico, negocio, ò compañia, se pregunta, ¿si la muger podrá pretender por razon del legado de usufructo, y se la deberán entregar todos los reditos, ò utilidades del dinero dado à censo, ò empleado, ò solamente su capital? Y se responde, que no llevará cosa alguna por razon de los reditos, ò utilidades. Y la razon es, porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que dexa al tiempo de su muerte, y no despues, que

(1) Ley Si pendentes 27. ff. eod. tit. ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication. ley Nihil 120. §. Fructus, ff. de Legat 1. y §. Is vero Institut. de Rerum divis. Gom. en la ley 40. de Toro n. 74. vers. Quinto facit.

(2) Ley Nec usus 1. ff. de Usufruct. legat. y ley Ut nullo modo 28. Cod. de Usur.

que se aumentó con las utilidades que produxo (1)

38 Legando simplemente el testador à su muger, ò à otro el usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprehenden los venales, ò mercaderias destinadas para vender. Acerca de lo qual hay discordia de pareceres: unos (2) dicen que no, y que asi no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprehendidos en el legado general, y para ello se fundan en el §. 2. de la ley *Generali* 32. ff. *de Usu, & usufruct. legat.* cuyo contexto es: *Uxori usumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, legaverat: item usumfructum fundorum, & salinarum. ¿Quæsitum est, an lanæ cujusque coloris mercis causa paratæ: item purpuræ, quæ in domibus erant, ususfructus ei deberètur? Respondit, excepto argento, & his quæ mercis causa comparata sunt, cæterorum omnium usumfructum legatariam habère.* Otros (3) contextan en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprehenden en el usufructo, y asi lo llevará de ellos el usufructuario. (4)

39 Y otros conciliando las opiniones, afirman, que si el testador dice que dexa, ò lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin limitar, ni exceptuar algunos, se comprehenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada excluye: y que si omite la palabra universal *todos*, no se comprehenden los venales, por lo que solo de los

(1) Ley Uxori usufructu, ff. de Usu, & usufruct. legat. ley Si hæres 3. y ley In ratione, legis Falcidiæ 11. ff. ad leg. Falcid. Ayor. part. 2. quæst. 22 n. 76.

(2) Partador. different. 29. dicha n. 20. Ayor. part. 2. quæst. 23. n. 78.

(3) Alex. en la ley Generali inserta, §. 1. Jason en la 1. Cod. de Verbor. significat.

(4) Ley Fundus qui locatus 24. ff. de Instruct vel instrument. legat. ley Pediculis 32. §. Item cum quæreretur 4. & ibi. glos. & Bart. ff. de Aur. argent. legat.

los demás llevará el usufructo. (1) Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente, *lego el usufructo de mis bienes*, *ò lego mis bienes muebles*, concibo, que deben entenderse todos sin excepcion, ò todos los de la clase que especifica, porque la palabra, ò proposicion indefinida equivale à la universal, (2) y en el legado de usufructo se comprehenden muchas cosas, como advierte el Señor *Castillo de Usufruct. cap.* 36. *y* 37. à quien en ellos, y en el 38. se podrá ver.

40 Al modo que en quanto à la propiedad, y pleno dominio há lugar el derecho de acrecer, segun expondré en el cap. 8. §. 3. lib. 2. de este tratado, del mismo modo en el usufructo; pero con la diferencia, y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente à la persona, la qual se mira, y atiende siempre, y mientras vive, dura el derecho, y causa de su adquisicion. Previniendo, que no habiendo conjuncion de personas por la ley, ni por el hombre, no há lugar en la propiedad, ni usufructo. (3)

41 Sin embargo de que en la propiedad quando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia, no se acrece al otro, en el usufructo es al contrario, pues se acrece; por lo que si el testador dexa à dos, ò mas por usufructuarios, y todos aceptan sus partes, y despues de acep-

(1) Ley Quotiens 34. §. ult. ff. de Usufruct & quemadmodum. Pinel. in Rubr. Cod. de Bon. matern. part. 1. n 38. Menoch lib. 4. præsumpt. 137. n. 6. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 5. Decio en la ley 1. n. 18 ff de Regul jur. Guerrer. de Divis. lib. 5. cap. 3. n. 73.

(2) Ley Si pluribus 44. ff. de Legat. 2. & ibi. glos. Bart. y Bald. y ley Si servitus 23. ff. de Servitut. prædior. urbanor. & ibi. glos. Sr. Covar. Pinel. y Menoch. ubi supr.

(3) Ley 1. ff. de Usufruct. accrescend. & ibi. glos. &. DD.

aceptadas, repudia uno de ellos la suya, ò se muere, ò falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolída con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo, (1) porque en la propiedad una vez adquirida, está perfecta, y consumada la adquisicion; (2) pero en el usufructo no se adquiere plena, y perfectamente, porque tiene causa, y trato succesivo, que es al dueño à quien debe pasar, el qual ha de esperar, y tener paciencia hasta que se consolíde, (3) y mientras tanto, como no hay adquisicion plena, y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta, y no plenamente adquirida, y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer, que el de la consolidacion. (4) Acerca de lo qual vease al Señor *Castillo de Usufruct. cap.* 48. *per tot.* pues para el Contador lego basta lo expuesto.

42 Si marido, y muger hicieren donacion à alguno de todos sus bienes, reservandose su usufructo, y muriere uno de los donantes antes que el donatario, se dificulta, ¿si tocará, ò no al superstite todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ò solamente la mitad? Y se resuelve no haber lugar este derecho en el caso propuesto, y que por consiguiente percibirá el donatario integramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el superstite unicamente el de los suyos privativos, porque el di-

(1) Dicha ley 1. §. Interdum, y §. Cæterum. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 40.

(2) Ley Ab emptione 58. ff. de Pact. y ley Traditionibus 20. Cod. eod. tit.

(3) Ley Corruptionem 16. Cod. de Usufruct. ley Omnium 3. al princip. vers. Dare, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y ley fin. ff. de Servitut.

(4) Dicha ley 1. y §. Interdum, ff. de Usufruct. accrescend, Gom. dicho cap. 10. n. 41. & ibi. Aillon.

difunto nada le dexó del de los suyos. (1) Pero si se lo dexa, se observará su voluntad.

43 Espiran, y se extinguen el usufructo, y uso por las siguientes causas: La primera, por muerte natural del usufructuario, aunque lo tuviese dado en arrendamiento. La segunda, por muerte civil, que es el destierro perpetuo. La tercera, por mudar su estado, y pasar del de libre al de siervo, ò esclavo, ya sea consintiendolo él mismo, ò siendo condenado al de esclavitud por delito cometido. La quarta, por el no uso en diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. La quinta, por enagenar el derecho de usufructuar, pues lo pierde, y pasa al propietario, porque como personal es intransmisible, no obstante que puede vender, y arrendar sus frutos. La sexta, quando el usufructuario compra la finca dexada en usufructo, pues entonces se consolída éste con la propiedad, y dexa de serlo. Y la septima, por destruirse la cosa legada por caso fortuito, ù otro motivo, pues aunque el usufructuario quiera reedificarla, no puede sin licencia del propietario. (2)

CO-

(1) Ley Dominus 57. al fin, ff. de Usufruct. & quemadmodum, ley Idem Neratius 3. ff. de Usufruct. accrescend. Parlador. different. 29. dicha n. 19.

(2) Leyes 24. y 25. tit. 31. Partid. 3. y 3. tit. 8. Partid. 5. ley Si domina, Cod. de Usufruct. ley Repeti, §. fin. y ley Quid tamen 10. ff. Quibus modis ususfructus amittat. y §. Finitur, institut. de Usufruct.

§. III.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos que el usufructuario dexa cogidos, ò pendientes, y à quién pertenecen.

44 DExando cogidos el usufructuario al tiempo de morir los frutos de los bienes raices que usufructuaba, pertenecen todos integramente à sus herederos, sin la menor disputa, aunque no viva todo el año, y los hace suyos por el titulo, y derecho que tiene à su percibo, y no por razon de natural posesion, y por eso puede transmitirlos à estos una vez cogidos. Pero si están pendientes, tocan al dueño propietario, à quien pasa consolidado el usufructo con la propiedad, sin embargo de que al tiempo de su fallecimiento se hallen maduros, y proximos à su recoleccion: (1) y la razon es, porque los frutos pendientes no se llaman frutos, antes bien se contemplan una misma cosa con la finca, en que existen, y estiman ser parte de ésta: y como el mero usufructuario ningun dominio tiene en ella, porque la propiedad toca à otro, y sus herederos no pueden pretenderlos, ni haber transmision à causa de que el derecho, y titulo que tenia para su percibo, y era coherente à su persona, espiró con su muerte: por eso en el instante que fallece, pasan con ella al propietario, en quien se une, y consolída el dominio,

(1) Ley In singulos 8. al fin, ff. de Annuis legat. ley Si fructuarius 13. ff. Quibus modis ususfructus amittat. ley Defuncta fructuaria, ff. de Usufruct. & quemadmodum, y §. Is vero, institut. de Rerum division. Gom. en la 40. de Toro n. 74. Valasc. de Partit. cap. 30. n. 28. y 29.

nio, ò propiedad con el usufructo; y asi sus herederos tendrán accion unicamente à recuperar las impensas hechas en sus labores, siembra, semillas, &c. y hasta que se las paguen, retenerlos, porque no son, ni se llaman frutos, sino el liquido residuo, baxadas éstas. (1)

45 Lo propio milíta para con las pensiones de los fundos productivos; por lo que si el usufructuario muere, estando cogidos los frutos por los colonos, à quienes tenia arrendado el fundo, ò fundos, pertenece la pension à sus herederos, no obstante que no esté cumplido el plazo de su solucion, porque es visto haberlos cogido en nombre del usufructuario à quien correspondian, y en derecho se presume haberlos cogido éste; pero si los frutos estuvieren pendientes en ellos, toca al propietario, (2) pues las pensiones de predios de esta clase, como frutos civiles, se gradúan en el presente caso por la regla que los naturales, porque se tienen en lugar de éstos, (3) y deben seguir su naturaleza; (4) y asi lo dispuesto acerca de los frutos naturales, se debe observar en las pensiones de los fundos que los producen, pues son frutos civiles. (5)

46 Se amplía lo expuesto en el caso de que parte de los frutos estén pendientes, y parte cogidos, pues se ha de observar la propia regla, y es, que los pendientes tocan al propietario, y los cogidos al usufructuario: y lo mismo en

(1) Ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscund. ley Si à domino, vel à patre 36. §. fin. ff. de Petition. hæredit. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 77. n. 1. al 8.

(2) Ley Si usufructuarius cit. ley Si fur, ff. de Usufruct. y dicha ley Defuncta, & ibi. Bart. Alberic. & DD. Ayor. part. 2. quæst. 25. n. 3.

(3) Ley Merces 32. ff. de Petition. hæreditat. y ley Prædiorum, ff. de Usur.

(4) Ley Si eum, §. Qui injuriarum, ff. Si quis cautionibus.

(5) Alex. consil. 82. n. 16. lib. 2. Socin. lib. 3. consil. 42. n. 6. Avendañ. respons. 5. n. 5. Gutier. Quæst. Canon. quæst. 33. n. 20.

en las pensiones, sin que en ninguno de los casos referidos se prorrateen, como algunos quieren: (1) y la razon es, porque el usufructuario hace suyos los frutos, no por la de cargas que supére, como el marido, sino por la del derecho de usufructuar, que le basta tener al tiempo que los percibe, no obstante que al punto se acabe. (2)

47 Pero si el testador instituye à uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y à otro por legatario en propiedad, y usufructo de un predio, ya sea antes, ò despues en una misma escritura, ò en diversas, llevará el legatario su predio en propiedad, y usufructo, sin embargo de la institucion universal, y el heredero el de los demás bienes del testador: y la razon es, porque lo generico se deroga por lo especifico. (3)

48 Se limíta la conclusion referida en quanto à las pensiones de la locacion del trabajo del siervo, pues se han de dividir à prorrata del tiempo entre su Señor, y los herederos del usufructuario. (4) Y la razon de disparidad consiste en que de las obras, ò trabajo del siervo se puede percibir diariamente la utilidad, porque cada dia se devenga, y gana: (5) y asi se hace de ellas la division por el tiempo que dura el usufructo, y pertenecen al usufructua-

(1) Dicho §. Is vero institut. ley Defuncta cit. y ley Quæ de tota, ff. de Reivindication. Jason consil. 231. col. fin. lib. 2. Gamm. decis. 350.

(2) Ley Si usufructuarius messem, ff. Quibus modis ususfructus amittat Valasc. de Partition. cap. 33. n. 4. y 5.

(3) Ley In toto jure, ff. de Regul. jur. ley Uxorem 41. §§. 2. y 3. ff. de Legat. 3. y regla Generi, de Regul. jur. in 6. Bald. in leg. Quotiens, Cod. Familiæ erciscund. Angel. in §. Ususfructus institut. de Usufruct. col. 1. Ayor. d cha quæst. 25. n. 2.

4) Ley Si operas 23. ff. de Usufruct. ley Si communis servus 18. §. fin. ff. de Stipulation. servor. & ibi. glos. verb. Pecuniam, & Angel. n. 1. Alex. in leg. Divortio, §. Non solum al fin. Gom. lib. 2. Var. cap. 3. n. 5.

5) Ley 1. ff. de Oper. libertor.

tuario como percibidas, y por el demás tiempo al propietario como pendientes: pero los frutos naturales, como no se pueden percibir, ni coger en sazon, sino en cierta parte del año, se ha de atender necesariamente en quanto à las pensiones, que por su respecto se deben, al tiempo de su percepcion, para que las lleven los herederos del usufructuario. Lo mismo procede para con las pensiones, y alquileres de casas, naves, y otras cosas que se alquilan: y con los reditos de censos, juros, y otros efectos, pues se prorratearán como las obras del siervo por la propia razon. Sobre todo lo qual vease al Señor *Castill. de Usufruct. cap. 77. per tot.*

49 Si el testador instituye à uno por usufructuario de todos sus bienes, ò le lega el usufructo de ellos, parece que no deberá percibir los frutos que la herencia produzca, hasta que la acepte el propietario, porque el legado de usufructo no viene, ni empieza antes de su adicion, ni antes de ésta se dá legado de usufructo: (1) pues aunque en los demás legados viene desde la muerte del testador, (2) y se dice venir segun Derecho comun desde la aceptacion, (3) en el de usufructo es al contario, porque su sér depende de ésta. (4) A mas de que el usufructo formal no puede empezar hasta que sea dueño el propietario, que es el que ha de permitir al legatario que lo goce: (5) es asi, que el propietario no es dueño hasta que acepta, luego tampoco el legatario debe percibirlo, ni le toca antes de la aceptacion, y de dar la correspondiente fianza; por lo que si muere primero que éstas se verifiquen,

(1) Ley 1. §. Dies autem, ff. Quando dies usufruct. cedat.

(2) Ley A Titio, ff. de Furt.

(3) Ley Fam, quam, Cod. de Fideicommis.

(4) Dicha ley 1. y §. Dies cit. y ley Si servo hære litario, ff. Quibus modis ususfructus amittat.

(5) Ley 1. §. Dare, ff. Usufruct.

quen, no se le deben el legado, ni sus frutos, (1) por no hallarse inmutado en esta parte por nuestro derecho el comun, y importar poco que se conserven los legados, aunque no haya heredero, si falta la fianza que debe preceder, y por ninguna ley está remitida al usufructuario.

50 Pero sin embargo de todo lo expuesto, (que segun Derecho comun es constante) lo contrario se debe seguir segun el nuestro, porque la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. manda, que aunque no haya heredero, ò éste no quiera heredar, valga, y se cumpla todo lo que el testamento contenga, constando de la solemnidad de testigos que prescribe, como se prueba de su contexto, ibi: *Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto à las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel, que segun Derecho, y costumbre de la tierra habia de heredar, en caso que el testador no hiciera testamento, y cumplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen.* Es asi, que por la generalidad con que se explica, incluye todos los casos, y que la proposicion indefinida equivale à la universal: (2) Luego tambien el presente. Lo qual se limíta en dos casos: El primero, quando el testador en su testamento nulo por pretericion, ò exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia, para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el de usufructo, ni otro alguno, sin que preceda la aceptacion de la herencia. Y el

(1) Tello Fernandez en la ley 3. de Toro n. 10. y 11. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 8. n. 22.

(2) Glos. in cap. Ut circa de Election. in 6. & ibi. DD.

el segundo, quando el usufructuario no quiere afianzar, habiendolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fé. Sobre lo qual, para mayor instruccion, vease à *Matienz.* en dicha ley 1. *glos.* 14. *ex n.* 35. *al* 40. y al Señor *Castillo de Usufruct. cap.* 16.

51 Resta saber quándo los frutos se dirán percibidos por el usufructuario, para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de lo qual hay dos opiniones: la una dice, que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger. Y la otra (que es la verdadera, y corriente) afirma, que para que asi el usufructuario, como el poseedor de buena fé los hagan suyos, basta que estén separados del suelo, ò cortados, aunque no se hayan custodiado; (1) pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufructuario, han de ser separados por él, ò por otro de su mandato, y en su nombre: y el poseedor de buena fé los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fé de que le pertenecen, ù otro qualquiera sin su precepto. (2) Y la razon de esta diferencia es, porque al poseedor de buena fé, en quanto à los frutos, se conceptúa, y estima por dueño: (3) y asi basta que qualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufructuario, como no los posee como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él, ù otro con su voluntad, y de su mandato, y no de otro modo los perciba. (4)

De

(1) Tiraquel. lib. 2. Retract. §. 5. glos. 4. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 12. Gutier. Canon. Quæst. quæst 33. n. 4. Gamm. decis. 309. n. 6.

(2) Ley Si usufructuarius, ff. Quibus modis ususfruct. amittat.

(3) Dicha ley Qui scit, §. In alieno, vers. Porro.

(4) Valasc. de Partition. cap. 33. n. 11. y 12.

52 De esta diferencia se sigue, que si los frutos se caen espontanea, ò accidentalmente, como suele suceder à la aceytuna, no tocan al usufructuario antes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por él antes de su aprehension, que es lo que se requiere para lucrarlos. (1) Y por el contrario el poseedor de buena fé antes de la aprehension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufructuario, pues basta que estén separados del suelo. (2) No me detengo mas en esta materia, pues para tinturar al Contador, me parece suficiente lo expuesto: si quisiere instruirse à fondo, vea al Señor *Castillo de Usufruct.* pues en los ochenta capitulos, que acerca de ella escribió, la trata latamente.

(1) Dicha ley Si usufructuarius, vers. Sed ut verum, & ibi. Bald. Navar. in Apolog. de Redditib. quæst. 2. n. 14. al fin.

(2) Balduin. in §. Is vero institut. de Rerum divis. al fin. Cujac. lib. 4. Fœud. tit. 30. col. 2. Valasc. dicho cap. 33. n. 13.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

INDICE GENERAL ALFABETICO
de las cosas mas notables que contienen los tres tomos de la segunda parte de la Librería de Escribanos.

A

A ante B.

Abuelo abuela. Abuelo, en qué casos está obligado á dotar á su nieta natural? lib.1. cap.4. n.116. p.287.
Abuela que es, ó no curadora de su nieta, y administradora de sus bienes, si la dota, ó alimenta, de quáles se presume dotarla, ó alimentarla? ibi. n. 117. y 118. pag. 287. y 288.
Abuelo paterno puede dejar todos sus bienes á sus nietos naturales en defecto de legitimos, aunque tenga legitimos ascendientes: libro 2. cap.1. n.59. p.45.
Abuelos pueden mejorar en el tercio, y quinto de sus bienes libres, ó en el uno, á sus nietos, y demás descendientes legitimos, aunque sus hijos, padres de estos estén vivos, ó no tengan mas que un hijo, si de él tienen un nieto, ó mas: lib.2. cap.2.n.6.p.80.y 81.
Abuelos naturales muriendo intestados sin legitima succesion, heredarán sus nietos la sexta parte de sus bienes: lib.2. cap.7. n. 15. pag. 460.
Abuelos, ó ascendientes mas cercanos de igual grado succeden á su descendiente intestado, que no dexó legitimos descendientes, ni otros que hayan derecho de heredarle, sin distincion de varones, ni hembras: ibi. n. 26. y 27. pag. 466. y 467.
Abuelo, ò ascendiente unico mas cercano por una linea, llevará toda la herencia de su descendiente legitimo intestado, que dexó dos ascendientes remotos por la otra, y los excluirá: ibi. n. 28. pag. 467.
Abuelos, ó ascendientes igua-

les en numero por cada linea, ó dos por la una, y uno solo por la otra, cómo succederán á su nieto, ó descendiente legitimo? ibi. n. 29. pag. 468.

Abuelos, ó ascendientes succeden enteramente á sus nietos, y descendientes legitimos intestados, y excluyen á los hermanos, é hijos de estos: ibi. n. 30. pag. dicha.

Abuelos, ó ascendientes succeden ab intessato á sus descendientes legitimos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, excepto en donde hay costumbre contraria: ibi. numer. 31. al 33. p. 469. y 470.

Abuelo que tiene el usufructo de los bienes de su descendiente intestado, si será, ó no preferido en él durante su vida á los demás ascendientes que concurren á heredarle? ibi. n. 35. p. 471.

A ante C.

Accion. Accion de ocultacion en quanto á incidir en la pena, si se transferirá, ó no contra los herederos del ocultante? lib. y cap. 1. num. 110. pag. 85.

Accion *expilatæ hæreditatis*, si competirá, ò no á los coherederos contra el heredero, que despues de aceptada la herencia quitó algunas cosas de ella? ibi. n. 113. pag. 87.

Accion *familiæ erciscundæ*, de quántas maneras es, y por quánto tiempo prescribe? lib. 1. cap. 2. num. 13. y 14. pag. 99. y 100.

Acciones, deudas, y derechos se comprenden en el nombre genérico de bienes: lib. 2. cap. 3. num. 39. pag. 208.

Accion de colacionar, y pretender la colacion, á quién compete? ibi. num. 118. pag. 252.

Acciones, quáles competen al legatario contra el heredero, para pedir su legado hecho puramente? lib. 2. cap. 6. n. 62. p. 397.

Accion, quál se llama criminal civilmente intentada? lib. 3. cap. 1. n. 10. pag. 27.

Acciones civiles, y criminales, si las podrá proponer, ò no el actor en un libelo contra uno, ò mas sugetos por una causa, ò por diversas? ibi. n. 69. 70. 72. al 75. y 77. al 79. pag. 53. á la 57.

Acciones civil, y criminal, quándo se entienden incoadas,

das, ó elegidas? ibi n. 80. al 82. pag. 57. y 58.
Accion civil deduciendo el demandante, y proponiendo despues el reo principalmente acusacion criminal contra él, quál se debe suspender, y seguir? ibi. n. 83. al 92. p. 58. á la 62. cion civil si propone el demandante, y el reo su acusacion, no principalmente, sino por via de excepcion, se han de determinar ambas en una sentencia: ibi. n. 93. p. 62.
Acciones, ó causas de actor, y reo siendo criminales, si se seguirán, ó no á un tiempo? ibi. n. 94. y 95. pag. 63.
Accion teniendo alguno contra la herencia del difunto que dexó parientes conocidos, qué debe pretender, ya la acepten, ó repudien, ó callen? ibi. n. 168. y 169. pag. 97.
Accion compitiendo al marido, su heredero, ó á otro acreedor contra la muger, ó el suyo, qué debe pretender, si no acepta, ó repudia la herencia? ibi. numer. 170. pag. 98.
Accion compitiendo á un acreedor contra captivo, ó contra ausente en partes remotas, con quién se han de substanciar los autos, ya dexe, ó no apoderado en el Pueblo del juicio? ibi. n. 171. pag. dicha.
Accion pretendiendo tener alguno como pariente inmediato á la herencia del ausente mas de diez años que alega estár muerto, qué ha de justificar para que se le entregue ésta, y cómo se le debe entregar? ibi. n. 172. pag. 98.
Accion compitiendo á algunos acreedores contra el ausente, si se le deberá nombrar defensor con quien se substancien los autos? ibi. n. 173. pag. 99.
Accion de despojo, á quién, y contra qué personas compete, ó no: y quáles no pueden intentarla? ibi. numer. 249. al 258. pag. 142. á la 145.
Accion executiva, por qué actos se perpetúa por quarenta años? lib. 3. cap. 2. n. 221. pag. 483.
Accion hipotecaria para recuperar la hipoteca en virtud del pacto de *non alienando*, por quántos años prescribe? lib. 3. cap. 3. numer. 61. pag. 634.
Acreedores. Acreedores, si deberán, ó no ser citados pa-

para el inventario? lib. y cap. 1. n. 14. y 15. p. 20. y 21.

Acreedores del difunto, quándo podrán demandar á sus herederos por las deudas que tenia contra sí? ibi. n. 40. pag. 38.

Acreedores hipotecarios anteriores del marido son preferidos á la muger por las cosas que éste la dió, y despues enagenó: lib. 1. cap. 6. n. 34. al fin pag. 360.

Acreedores, quándo serán, ó no preferidos en el lecho quotidiano á la viuda que lo pretende? ibi. n. 60. al 63. pag. 383. á la 385.

Acreedor, que tiene accion contra la herencia del que dexó parientes conocidos; ó contra la muger, ò su heredero, qué debe pretender en caso que no la acepten, ni repudien? lib. 3. cap. 1. n. 170. y 171. pag. 98.

Acreedor que tiene accion contra captivo, ó contra ausente en partes remotas, qué debe probar: y con quién se han de substanciar los autos? ibi. num. 171. y 173. pag. 98. y 99.

Acreedor para que pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, qué cosa es precisa? lib. 3. cap. 2. n. 83. pag. 403.

Acreedor que intentò la via ordinaria, si podrá dimitirla, y pasar á la executiva, ó al contrario? ibi. n. 110. al 113. pag. 415.

Acreedor que tiene accion contra varios correos fiadores, ó mancomunados, si pendiente el pleito con uno de ellos podrá dexarlo, y promoverlo contra alguno de los otros? ibi. n. 114. pag. 416.

Acreedor, qué fianza debe dar para que se execute la sentencia de remate? ibi. n. 284. al 289. pag. 514. á la 517.

Acreedor, qué fianza debe dar para que se pongan en execucion la sentencia arbitraria, y la confirmatoria de pareceres conformes de los Contadores? ibi. numer. 289. y 290. p. 517. y 518.

Acreedor del executado es preferido por el tanto al estraño, ó pariente que compró sus bienes en pública almoneda: ibi. n. 299. pag. 522.

Acreedor debe ser pagado de su credito, y costas con el precio de los bienes vendidos al executado: ibi. n. 306. pag. 526.

Acreedor, quándo podrá hacer que se rescinda la venta de los bienes subastados á su deudor? ibi. num.307. pag. dicha.

Acreedores del concurso que no fueron pagados de sus creditos, si podrán, ó no molestar al comprador de los bienes subastados? ibi. n.308. y 309. pag.527.

Acreedor, quándo será obligado á tomar por la tasa los bienes de su deudor en pago de su credito? ibi. n. 311. pag. 528.

Acreedor,si podrá, ó no comprar por sí, ó por interposita persona los bienes de su deudor? ibi. n. 315. al 317. pag.531. y 532.

Acreedor, á quien su deudor instituye por heredero, si habiendo aceptado su herencia con beneficio de inventario, y executandole como tal heredero otro acreedor de su instituyente, podrá, ó no suspender la via executiva: ibi. n.334. y 335. pag. 539. y 540.

Acreedor hipotecario estando executando à su deudor, y saliendo otro hipotecario, ó personal privilegiado oponiendose á la execucion y pretendiendo ser preferido, si se suspenderá, ó no la venta de bienes hasta que se declare la preferencia? ibi. n. 336. y 337. pag. 541.

Acreedor anterior en la obligacion, y posterior en el plazo, si será, ó no preferido al anterior en el plazo que executa al deudor de ambos? ibi. n. 338. p. 542.

Acreedor que pide la execucion por mas que lo que se le debe, si deberá, ó no pagar decima de el exceso? ibi. n.350. p.551.

Acreedor, quánto tiempo debe mantener á su deudor en la carcel? lib. 3. cap. 3. n. 9. al fin. pag. 607.

Acreedores del concurso deben ser citados: ibi. n. 14. y 15. pag.608. y 609.

Acreedores, quántos ha de tener el concursante para que pueda formar concurso, y se le admita? ibi. numer.16. pag. 610.

Acreedores del concursante aunque sean privilegiados, deben seguir su fuero, y acudir ante su Juez, excepto el Fisco: ibi. n. 19. y 20. pag. 611.

Acreedores deben nombrar por su quenta, y riesgo administrador, ó depositario de los bienes concursados; y en su defecto el

Juez

Juez á instancia del defensor del concurso: ibi. numer.26. y 27. p.616.

Acreedores del concurso, qué deben practicar despues de electo el administrador, ó depositario, ibi. num. 29. pag. 618.

Acreedores no satisfechos de sus creditos, quándo podrán, ó no revocar el pago que el concursante hizo á otro? ibi. n.36. pag.622.

Acreedores, quáles se llaman *hipotecarios*, *mere personales*, *y personales privilegiados*? ibi. n. 41. al 44. pag. 625. á la 627.

Acreedores hipotecarios, quáles tienen hipoteca tacita en los bienes de su deudor, y por qué deudas? ibi. numer. 46. al 57. pag.627. á la 632.

Acreedor refeccionario tiene hipoteca tacita en las cosas que con su dinero se refeccionaron: ibi. n. 58. pag. 633.

Acreedor que suplió los gastos funerarios, tiene hipoteca tacita por ellos en los bienes del difunto: ibi. numer. 59. pag. dicha.

Acreedores hipotecarios iguales en tiempo, y privilegio, ó solamente en éste, cómo deben ser graduados entre sí, ya su hipoteca sea especial, ó general, tacita, ó expresa, absoluta, ó condicional, casual, ó mixta, convencional, pretoria, ó judicial, con entrega de bienes, ó sin ella? ibi. n. 62. al 66. p.634. á la 636.

Acreedores privados, y Fisco, si podrán, ó no executar al deudor de su deudor sin cesion de acciones? ibi. n. 82. pag.640.

Acreedores privados, y Fisco, si podrán, ó no executar por sus rentas al segundo conductor como al primero? ibi. n.84. p. 650.

Acreedor posterior, que entrega sus bienes al deudor en commodato, ó en otra manera en que no se le transfiere su dominio, es preferido en ellos á los demás: ibi. n. 101. p. 664.

Acreedor vendedor, quándo será, ó no preferido á los demás del deudor en la finca que le vendió, y no le pagó? ibi. n.102. al 104. pag.664. y 665.

Acreedor que prestó dinero al deudor para comprar cierta finca, si será, ó no preferido en ella á los demás? ibi. n.105. pag. 665.

Acreedor que prestó graciosa-

samente dinero al deudor para refeccionar casa, nave, ú otra cosa, á quáles será preferido en ella? ibi. n. 106. pag. dicha.

Acreedores refeccionarios concurriendo entre sí, quál deberá ser graduado primero? ibi. n. 108. y 109. pag. 666. y 667.

Acreedores hipotecarios concurriendo con el que dió en emphiteusi, ó vendió á censo reservativo al quitar alguna finca raiz suya, si serán, ó no preferidos en ella? ibi. n. 110. pag. 667.

Acreedor censualista vitalicio personal, ó alimentario si concurre al concurso, cómo ha de proceder el Juez para asegurarle las pensiones futuras, y pagarle las vencidas? ibi. num. 111. pag. dicha.

Acreedor que prende al deudor, que huye con sus bienes, si será, ó no preferido á los demás? ibi. numer. 112. pag. 668.

Acreedor si dió en fiado algunos bienes al deudor que los recibió con animo de huir, y quebrar, será preferido en ellos á los demás? ibi. num. 113. pag. 669.

Acreedores por depositos concurriendo entre sí, ó con otros de diversa clase, cómo deberán ser graduados, ya sea regular, ó irregular el deposito, y reciban, ó no usuras, ó intereses del depositario? ibi. num. 114. al 118. p. 669. á la 672.

Acreedor que hizo gastos en beneficio del deudor comun, ó de sus frutos, y bienes, á quiénes será preferido? ibi. n. 119. p. 673.

Acreedor que es Juez, Magistrado, Escribano, ú otro de los que ponen su trabajo en defensa de los bienes del deudor comun, si será, ó no preferido á los demás? ibi. num. 120. pag. dicha.

Acreedor que subministró al deudor comun los alimentos, si preferirá, ó no á los demás? ibi. n. 121. p. 674.

Acreedor alimentario, en qué lugar debe ser graduado? ibi. num. 122. pag. dicha.

Acreedores por causa onerosa, y lucrativa con hipoteca, ó sin ella, cómo han de ser graduados? ibi. numer. 123. pag. 675.

Acreedores cesonarios, cómo han de ser graduados entre sí? ibi. n. 124. y 125. pag. dicha.

Acreedores posteriores de deuda numerada, si pre-

fe-

ferirán, ó no á los anteriores de la confesada? ibi. num. 126. pag. 676.

Acreedores que contrajeron con el deudor despues de constituída la fianza á favor de otro anterior, serán graduados despues que el fiador que pagó por él: ibi. num. 127. pag. dicha.

Acreedor hipotecario posterior, cuyo credito consta por instrumento público, si preferirá, ó no al hipotecario anterior que acredita el suyo por confesion del deudor, ó por dos, ó tres testigos? ibi. n. 128. al 131. pag. 677. á la 678.

Acreedor posterior que entregó prestada al deudor cierta cantidad, será preferido al anterior, que no se la entregó: ibi. n. 132. pag. 679.

Acreedor del deudor que compra alguna finca con pacto de que ha de quedar hipotecada á su favor, será preferido en ella á otros acreedores del mismo deudor comprador: ibi. n. 133. pag. 680.

Acreedor posterior que con facultad real contrajo con el deudor sobre alhaja feudal, preferirá al anterior que contrajo sin ella: ibi. num. 134. pag. dicha.

Acreedor posterior que sobre bienes vinculados prestó dinero al deudor despues de obtenida facultad real, es preferido al anterior que tambien se lo prestó baxo la condicion de obtenerla: ibi. n. 135. p. 680. dicha.

Acreedor posterior, á cuyo favor obligó expresamente el deudor alguna finca, es preferido al anterior, á quien sin poder especial la hipotecó el apoderado del mismo deudor, aunque éste ratifique despues la obligacion: ibi. n. 136. p. 681.

Acreedores por tutela, curaduría, ó administracion pública, ó de la Iglesia, Comunidad, República, ó Rentas Reales, ó por cambio, banco, ó depositaría pública, á quiénes serán preferidos; y desde quándo tendrán la prelacion? ibi. num. 137. pag. dicha.

Acreedor pensionario de Clerigo, á quien se confirió un beneficio con gravamen de pagarle cierta pension, es preferido en sus rentas á todos los anteriores, y privilegiados del mismo Clerigo: ibi. n. 138. p 681.

Acreedor posterior, que por otra causa es deudor de su deu-

deudor, queriendo compensar su credito con el debito, si se le deberá, ó no admitir la compensacion en perjuicio de los acreedores privilegiados del mismo deudor? ibi. numer. 143. pag. 684.

Acreedores *mere personales*, ó *personales privilegiados*, cómo deben ser graduados? ibi. num. 144. y 145. pag. 684. y 685.

Acreedores personales con quienes tiene varias negociaciones el deudor, cómo han de ser graduados? ibi. num. 146. pag. 686.

Acreedores, quántos han de concurrir á la concesion de espera á su deudor para que valga? ibi. n. 156. pag. 692.

Acreedores siendo muchos con una accion, ó uno solo con muchas contra el deudor, por quántas personas se reputarán? ibi. n. 157. pag. 693.

Actor, ò demandante. Actor, demandante, ó acusador, quál se llama? lib. 3. capit. 1. num. 6. pag. 25.

Actor, ó demandante, cómo debe poner la demanda; y qué requisitos ha de tener presentes para ponerla? ibi. num. 31. pag. 35.

Actor debe mirar quién es la persona, á quien quiere demandar? ibi. num. 32. pag. 36.

Actor debe especificar en la demanda la cosa que pretende: ibi. num. 33. pag. dicha.

Actor debe seguir el fuero del reo, y demandarle ante su Juez: ibi. num. 34. p. 37.

Actor, en qué casos podrá demandar al reo ante Juez, que no es de su domicilio? ibi. num. 37. pag. 38.

Actor no debe excederse en su pretension: ibi. n. 53. al 58. pag. 47. á la 49.

Actor debe expresar la razon por qué pretende la cosa, que demanda: ibi. n. 59. pag. 49.

Actor debe mirar cómo ha de ordenar la demanda: ibi. num. 60. al 62. pag. 49. y 50.

Actor, quándo podrá pretender que el reo arraigue el juicio; y qué cosas son necesarias para que haya lugar el arraigo? ibi. n. 63. pag. 50.

Actor, quando intente la *reivindicacion* por dominio util, cómo ha de concluir su pretension? ibi. n. 64. pag. 51.

Actor, si podrá, ó no pro-

poner, y cumular muchas, y diversas acciones civiles, y criminales contra uno, ó mas sugetos? ibi. num. 69. 70. y 72. al 75. pag. 53. á la 56.

Actor puede pretender simultaneamente la propiedad, y posesion: ibi. num. 71. pag. 53. dicha.

Actor, si podrá demandar civilmente á varios en un libelo por un mismo hecho, ó por distintos; ó intentar muchas acciones criminales juntas contra uno, ó contra muchos por un delito, ó por mas? ibi. n. 76. pag. 56.

Actor compitiendole por un delito accion civil, y criminal contra un sugeto, si podrá, ó no usar simultanea, y principalmente de las dos, ó elegir la que quisiere? ibi. num. 77. al 79. pag. 56. y 57.

Actor si deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, qual se debe suspender, y seguir? ibi. num. 83. al 92. pag. 58. á la 62.

Actor si propone su accion civil, y el reo su acusacion no principalmente, sino por via de excepcion, se han de determinar en una sentencia la accion, y excepcion: ibi. n. 93. p. 62.

Actores siendo dos, y proponiendo contra un reo dos acusaciones ante uno, ó mas Jueces, el uno por delito grave, y el otro por leve, de qual se ha de tratar primero? ibi. num. 96. pag. 63.

Actor, cómo ha de seguir la causa contra el reo contumáz existente en el Pueblo del juicio, ó domiciliado en otra jurisdicion? ibi. numer. 159. al 164. pag. 93. á la 95.

Actor puede seguir su derecho por via de asentamiento contra el reo contumáz: ibi. n. 165. p. 95. dicha.

Actor, qué debe practicar para reconvenir la herencia que no está aceptada, ni repudiada, ó está repudiada por los herederos? ibi. n. 168. y 169. pag. 97.

Actor á quien compete accion contra captivo, ó ausente ultra mar, con quién ha de instaurarla, y entenderse? ibi. num. 171. pag. 98.

Actor que pretende la herencia del ausente como su inmediato consanguineo, qué debe practicar para que se le entregue? ibi. num. 172. pag. dicha.

Ac-

Actor no puede reconvenir al reo en el juicio en que éste le reconviene: ibi. n. 224. al fin pag. 127.
Actor aunque sea Clerigo, debe responder ante el Juez lego á la reconvencion del reo secular, excepto en varios casos: ibi. num. 230. al 232. pag. 131. y 132.
Actor no puede apartarse de la convencion que puso ante el Juez delegado, despues de la reconvencion del reo, sin permiso de éste: ibi. num. 237. al fin pag. 135.
Actor que intentó el juicio petitorio, si podrá dexarlo, y bolver al posesorio? ibi. num. 273. pag. 153.
Actor, si deberá, ó no tomar los autos primero que el reo para formar su interrogatorio? ibi. num. 377. pag. 217.

A. ante D.

Adjudicacion. Adjudicacion de los bienes de la herencia puede hacer el contador partidor á los participes en ella: lib. 1. cap. 2. num. 38. pag. 114.
Adjudicaciones para que sean hechas con justificacion, qué reglas debe observar el Contador? ibi. num. 39. al 53. pag. 115. á la 124.
Adjudicacion debe hacerse integramente á los interesados de las alhajas, ò fincas de la herencia, y no dexarlas proindiviso: ibi. numer. 45. p. 118. y lib. 2. cap. 1. num. 7. pag. 11.
Adjudicacion de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros semejantes que el marido lleva al matrimonio, en qué precio se le debe hacer? lib. 1. cap. 4. num. 18. pag. 215.
Adjudicacion *in solutum*, cómo se ha de hacer, y si causará, ó no alcabala? lib. 3. cap. 2. num. 311. y 312. pag. 528. y 529.
Administradores. Administradores de bienes de Hospitales, y de otros, dentro de qué termino han de hacer el inventario de ellos? lib. y cap. 1. n. 50. cerca del fin pag. 46.
Administrador del concurso, por quién debe ser nombrado? lib. 3. cap. 3. numer. 26. y 27. pag. 616.
Administrador del concurso, qué facultades tiene; y si podrá comprar, ó no los bienes de él? ibi. num. 28. pag. 617.

Alcabala. Alcabala, si se deberá, ó no de la adjudicacion *in solutum*? lib. 3. capit. 2. num. 312. p. 529.

Alimentos. Alimentos dando la muger á sus padres durante el matrimonio, si se deducirán del cuerpo de caudal, ó se la imputarán en su haber? lib. 1. cap. 3. num. 72. pag. 188.

Alimentos dando el marido á sus padres constante matrimonio; ó dotando durante el segundo á un hijo del primero, se le imputarán en su haber: ibi. num. 74. pag. 190.

Alimentos debe dar el padre á sus hijos naturales, lib. 1. cap. 4. num. 116. p. 287.

Alimentos dados por la madre, y abuela curadoras de los bienes de su hija, y nieta, si podrán repetirlos? ibi. n. 117. p. 287.

Alimentos si el padrastro los dá á su entenado, para poder repetirlos, qué cosas son precisas? ibi. n. 120. pag. 289.

Alimentos, si deberán, ó no dar los herederos del marido á su viuda, quedando preñada, y habiendo, ó no gananciales; y de dónde se ha de deducir su importe? lib. 1. cap. 6. n. 37. y 38. pag. 362. y 363.

Alimentos, si se deberán dar ó no á la muger que no quedó preñada, teniendo, ó no hijos en su compañia, y habiendo, ó no gananciales; y en caso de haber percibido algunos, si deberá, ó no restituirlos? ibi. num. 40. al 42. pag. 366. y 367.

Alimentos, si deberán dar, ó no á la muger que trajo dote, y no quedó preñada, los herederos de su marido? ibi. num. 44. al 48. pagin. 368. á la 372.

Alimentos, si deberán darla, ó no en caso que los frutos de su dote no alcancen para ellos: ibi. n. 49. p. 373.

Alimentos, si deberán, ó no darla habiendo gananciales, y no habiendo traído dote? ibi. n. 50. p. 374.

Alimentos anuales, de dónde deben sacarse, quando el padre condenado por sentencia á darlos á un hijo natural, dexa hijos legitimos, y lega el quinto á uno de éstos, ó á estraño, ó por su alma? lib. 2. cap. 1. numer. 39. pag. 32.

Alimentos no debe dar civilmente el padre á sus hijos ex-

expurios, ni éstos á él: ibi. num. 64. pag. 49.
Alimentos que la madre dá á su hijo, sin tener, ni administrar sus bienes, si se le imputarán en legitima, ó se entenderá mejorado en su importe? lib. 2. cap. 2. num. 31. pag. 97.
Alimentos no se deben á la madre del postumo estraño instituído heredero, excepto que no tenga de qué vivir, ó que el testador lo mande: lib. 2. cap. 8. numer. 43. al medio p. 517.
Alimentos, á qué concursantes se deben dar, ó no de los bienes concursados? libro 3. cap. 2. num. 161. y 162. pag. 450. y cap. 3. num. 38. pag. 623.
Alimentos dados al deudor comun son preferidos á otras deudas que tenga: dicho lib. 3. y cap. 3. numer. 121. pag. 674.
Alimentos debiendose al acreedor por legado del testador, si por ellos será, ó no preferido á otros acreedores del deudor? ibi. numer. 122. pag. dicha.

A ante N.

Año. Años, quántos deben pasar para que prescriba la accion á pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia? libr. 1. cap. 2. n. 14. p. 100.
Años, quántos basta que pasen para que la particion se entienda hecha entre mayores? ibi. n. 15. p. 101.
Año, cómo se debe contar para la division de frutos de bienes vinculados que el poseedor deja pendientes, si ha de ser el civil, ó el natural? lib. 1. cap. 5. n. 32. pag. 314.

A ante P.

Apelacion. Apelacion se puede interponer de la sentencia confirmatoria de la particion que contiene agravios: lib. 2. cap. 9. numer. 14. pag. 558.
Apelacion de la sentencia del Juez secular, ó Eclesiastico, ó de los árbitros, dentro de qué termino se debe interponer? lib. 3. cap. 1. n. 476. pag. 276.
Apelacion si se admite en ambos efectos, y el apelante no presenta la mejora dentro del termino competente, qué debe practicar el vencedor para que se declare por desierta, y la sentencia por pasada en autoridad de co-

cosa juzgada? ibi. n. 477. pag. 277.

Apelacion se puede interponer en el todo, ó parte de la sentencia que contiene diversos particulares: ibi. num. 478. pag. 279.

Apelacion, qué efectos surte; y cómo ha de dar el Escribano el testimonio de ella? ibi. n. 480. p. 280.

A ante R.

Arras. Arras, dote, y gananciales pierde la muger casada, que es adultera, ó se vá á casa de hombre sospechoso, ó se pervierte de nuestra Santa Religion, libro 1. cap. 4. n. 53. p. 239.

Arras que el marido, ó en su nombre su padre, ú otro ofrece á su muger futura soltera, de qué bienes se han de deducir? lib. 1. capit. 6. num. 2. pag. 337.

Arras puede ofrecer el esposo á su muger antes de casarse, y aumentarlas despues de casado: ibi. n. 3. pag. dicha.

Arras ofrecidas, si podrá, ó no enagenar, y disipar el marido? ibi.

Arras, hasta qué cantidad pueden ofrecer el novio, ó su padre, ó madre á la novia; y si valdrá la oferta en el exceso, renunciando con juramento la ley que de ellas trata? ibi. n. 4. y 5. pag. 338. y 339.

Arras, si podrá ofrecer á la novia el novio que no tiene bienes quando se casa? ibi. num. 6. pag. 340.

Arras, si podrá prometer el novio menor á la novia? ibi. num. 7.

Arras ofreciendo el novio á la novia en cantidad cierta, confesando cabe en la decima parte de sus bienes, y no cabiendo, consignandosela en los que en lo succesivo adquiera, si se la deberá, ó no aplicar toda la cantidad ofrecida, ya quepa, ó no en éstos? ibi. num. 8. pag. 341.

Arras, hasta en quánto valdrá su oferta, si en la Escritura en que el novio prometió cantidad cierta á su novia, no habló de bienes presentes, ni futuros, ni cabía en la decima de los que entonces tenia? ibi. num. 9. y 10. pag. 342.

Arras si el novio las ofreció á la novia hasta en la decima parte de los bienes que entonces poseía, ó adquiriese; ó limitadamente de los que tenia al tiempo de su boda, qué se la debe-

berá abonar? ibi. num. 11. pag. 343.
Arras, si podrá ofrecer el novio á la novia viuda, como á la soltera? ibi. n. 12. pag. dicha.
Arras puede ofrecer el novio que no tiene bienes libres, de los frutos de los vinculados; y para tener derecho á ellas la novia, se han de pactar al tiempo de casarse: ibi. num. 14. y 15. pag. 345.
Arras ofreciendo el novio, y su padre á la novia hasta en cantidad determinada, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad ofrecida no cabe en la decima de sus bienes, qué llevará la novia? ibi. num. 16. pag. dicha.
Arras ofrecidas no está obligado á pagar enteramente el marido á su muger, siendo engañado en la cantidad que ésta prometió llevar en dote: ibi. num. 19. pag. 348.
Arras del primer matrimonio dadas por aumento de dote; incorporadas, ó no en el contrato dotal; y entradas por la muger en su matrimonio, cómo se han de deducir? ibi. num. 20. y 21. pag. 348. y 349.
Y cómo, siendo prometidas solamente en el contrato dotal, ó en otro; habiendo, ó no gananciales; y aceptandolos, ó renunciandolos la muger? ibi. n. 22. y 23. pag. 349. y 350.
Arras se deben aplicar solamente en usufructo à la muger, si al tiempo de la particion está casada segunda vez: ibi. n. 24.
Arras ofrecidas á la muger segunda, de dónde se han de baxar quando el marido es viudo con hijos, ó descendientes del anterior matrimonio, ó con ascendientes, ó sin ellos? ibi. n. 24. al 26. pag. 350. y 351.
Arras, y quinto, ó tercio, si la muger podrá llevar no teniendo ascendientes, ó descendientes legitimos su marido al tiempo de casarse? ibi. n. 25. y 26. p. 351.
Arras ofreciendo el marido que tiene descendientes legitimos á su muger segunda al tiempo de casarse, y por ultima voluntad legandola el quinto, si viviendo todos, ó alguno de ellos al tiempo de su muerte, lo llevará todo, ó solamente una de las dos cosas? ibi. num. 27. pag. 352.
Arras, si podrá ofrecer el ma-

marido que se casa muchas veces, á todas sus mugeres; y cómo se han de deducir? ibi. n. 28. p. 354.

Arras no queriendo ofrecer el novio á la novia, puede darla joyas, y vestidos: ibi. num. 29. pag. 355.

Arras, joyas, y vestidos ofreciendo, y dando el novio á la novia, qué llevará? ibi. num. 30. pag. dicha.

Arras, joyas, y donaciones que la muger hubo de su difunto marido, debe reservar á sus hijos, si buelve á casarse: lib. 2. cap. 5. num. 4. pag. 336.

Arras, usufructo, y mitad de gananciales pierde la muger, que estando viuda, vive luxuriosamente: ibi. num. 37. pag. 357.

Arras que el marido ofreció á su muger, si se compensarán, ó no con el legado que la hizo? lib. 2. cap. 6. num. 130. pag. 431.

A ante S.

Ascendientes. Ascendientes legitimos no pueden testar en vida, y muerte demás que de un quinto de sus bienes libres en perjuicio de sus descendientes vivos: libro 2. cap. 1. n. 21. p. 19.

Ascendientes legitimos no pueden disponer en vida, y muerte de mas que de un quinto de sus bienes, aunque tengan solamente un hijo postumo: ibi. n. 28. pag. 20.

Ascendientes paternos pueden succeder á sus descendientes naturales en lo que éstos á ellos: ibi. n. 60. p. 46.

Ascendientes son herederos legitimos de sus descendientes, no teniendo estos descendientes legitimos, ó que hayan derecho de heredarles: lib. 2. cap. 4. n. 1. y 9. pag. 312. y 316.

Ascendientes deben succeder en todos los bienes de sus descendientes legitimos de qualquiera parte adquiridos, sin distincion, ni separacion de lineas: ibi. n. 2. pag. 313.

Ascendientes no solo succederán á sus legitimos descendientes, careciendo estos de hijos, ú otros descendientes legitimos, sino aunque los tengan, si con causa legal los exheredan: ibi. n. 3. pag. 314.

Ascendientes no succederán en el mayorazgo, emphiteusi, ni feudo: ibi. n. 4. pag. dicha.

Ascendientes si renunciaron con

con juramento la herencia de sus descendientes; ó les dieron licencia jurada para disponer de ella, ó consienten el testamento en que los preterien, ó exheredan, no les sucederán; ni quando el hijo casado, y su muger hicieron pacto reciproco de succederse, en caso de no dexar descendientes: ibi. n. 5. y 6. pag. 315.

Ascendientes no sucederán á sus descendientes en el tercio de sus bienes libres contra su voluntad; y éstos pueden gravarlo, y condicionarlo, ya lo dexen á algun ascendiente, ó á extraño: ibi. n. 10. al 12. p. 317. y 318.

Ascendientes, cómo sucederán à sus descendientes en los Pueblos en que se observa algun fuero municipal, y en qué bienes? dicho: lib. 2. y cap. 4. §. 3. per tot. pag. 325. à la 331.

B

B ante I.

Bienes. Bienes inventariados, de quién se presume que son? lib. y cap. 1. n. 9. y 10. pag. 17. y 18.

Bienes que dexó el difunto se deben inventariar: ibi. n. 17. y sig. pag. 23.

Bienes especificamente legados, si se deberán, ó no inventariar, y tasar, y para qué? ibi. n. 25. pag. 29.

Bienes dotales, paraphernales, y hereditarios de la muger se deben inventariar: ibi. n. 26.

Bienes que existen entre los de la herencia, si deberán, ó no inventariarse en caso de dudarse si la pertenecen? ibi. n. 30. al 32. pag. 31. y 32.

Bienes inventariados, en quién se han de depositar? ibi. n. 27. pag. 30.

Bienes inventariados, si se deberán, ó no valuar, y por qué personas? ibi. n. 67. al 69. pag. 58. á la 60.

Bienes paraphernales, ó extradotales de la muger, si se la deberán, ó no abonar, ya los haya entregado, ó no á su marido, y éste los haya consumido, ó no en su casa, ó vendidolos con su consentimiento, ó sin él en baxo precio, ó en el justo, ya haya, ó no ganan-

ciales: lib. 1. cap. 3. n. 42. al 52. pag. 171. al 175.
Bienes que la muger heredó, ó recayeron en ella constante matrimonio, de dónde se deben deducir? ibi. n. 54. pag. 177.
Bienes que el marido lleva al matrimonio, de dónde se deben baxar, ya haya, ó no gananciales, y deudas? ibi. n. 57. y 58. pag. 179. y 180.
Bienes que llevaron los conyuges á su matrimonio, si han perecido, de dónde se han de deducir, en caso que todos los que tienen, sean comprados durante él? ibi. n. 60. pag. 180.
Bienes consistentes en numemero, peso, ó medida, llevando el marido á su matrimonio, ó heredandolos despues de casado, si se consumieron, y no hay gananciales, los perderá: ibi. n. 61. pag. 181.
Pero habiendo gananciales, sacará el valor que tenian quando los llevó, aunque ningunos gananciales queden que partir: ibi. n. 62.
Bienes que marido, y muger llevan al matrimonio, ó heredan en su intermedio en la Ciudad de Xeréz de de los Cavalleros, Villa de Alburquerque, y lugares de su comarca, son comunicables á entrambos como gananciales: lib. 1. cap. 4. n. 5. pag. 207.
Bienes que compran los conyuges durante su matrimonio con el dinero comun, ó de uno de los dos, se les comunican como gananciales, excepto en tres casos: ibi. n. 6. y 7. pag. 208.
Bienes castrenses, y casi castrenses, si serán, ó no comunicables á la muger? lib. 1. cap. 4. n. 21. y 22. pag. 217. y 218.
Bienes que marido, y muger adquirieron durante su matrimonio putativo, se les comunican como en el verdadero teniendo buena fé: ibi. n. 33. pag. 227.
Bienes libres de marido, y muger mejorados en su matrimonio, cómo se han de partir con las mejoras? ibi. n. 73. y 74. pag. 252. y 253.
Bienes adquiridos por el conyuge superstite con el caudal comun durante su proindivision: cómo se dividirán entre él, y los herederos del difunto? ibi. n. 81. al 91. pag. 259. á la 268.
Bienes de la sociedad conyugal poseyendolos el padre, si se aumentan naturalmente

te

te durante la proindivision, se aumentará tambien la mejora que la madre hizo à uno de sus hijos: ibi. numer. 98. pag. 272.

Bienes patrimoniales, quasi patrimoniales, y adquiridos *in uitu Ecclesiæ*, quáles son? lib. 1. cap. 5. n. 13. al 15. pag. 301. y 302.

Bienes señalados por el mejorante para pagar la mejora, se deben entregar al mejorado legitimo, ó estraño, y no dinero por ellos, excepto en un caso: lib. 2. cap. 2. n. 16. al 19. pag. 88. à la 90.

Bienes, de quántas clases son? lib. 2. cap. 3. n. 33. p. 205.

Bienes, quáles se llaman *adventicios*? ibi. al fin.

Bienes, quáles se llaman *profeticios*? ibi. n. 34. y 35. pag. 205. y 206.

Bienes dados al hijo, para llamarse *profeticios*, si deberán salir, ó no del patrimonio de su padre? ibi. n. 36. y 37. pag. 206. y 207.

Bienes, quáles se llaman *castrenses*, y *quasi castrenses*? ibi: n. 38. pag. 207. dicha.

Bienes que los hijos, y descendientes legitimos hubieron en vida, y les provinieron de la sustancia de su ascendiente, deben colacionarlos por su muerte si aceptan su herencia: ibi. n. 39. pag. 208.

Bienes raices que dexa el descendiente, quáles se llaman troncales, y deben, ó no bolver al tronco en los Pueblos en que se observa algun fuero municipal? lib. 2. cap. 4. n. 28. al 30. pag. 329. y 330.

Bienes de las mugeres viudas que teniendo hijos se buelven á casar, están obligados tacitamente á la responsabilidad de lo que por ultima disposicion, ó por contrato lucrativo hubieron de sus maridos: lib. 2. cap. 5. n. 4. al fin. p. 337.

Bienes que los ascendientes que se buelven á casar, deben reservar á sus descendientes de sus anteriores matrimonios, quáles son? ibi. n. 9. pag. 340.

Bienes parafernales, y dote que la muger lleva á su matrimonio, si se compensarán, ó no con el legado que su marido la hizo? lib. 2. cap. 6. n. 125. al 129. pag. 428. á la 431.

Bienes litigiosos, en qué casos se pueden enagenar *lite pendente*? lib. 3. cap. 1. n. 200. pag. 113.

Bienes, quántas clases de ellos pue-

puede poseer el Rey, y por quáles debe, ó no ser restituido? ibi. n. 497. p. 292.

Bienes, quáles son muebles, raices, y semovientes? lib. 3. cap. 2. n. 85. al 89. pag. 404. y 405.

Bienes executados se deben inventariar, y depositar: ibi. n. 126. pag. 426.

Bienes executados, si se podrán entregar en deposito al acreedor? ibi. n. 127. pag. 427.

Bienes del marido executados, quándo se podrán, ó no depositar en su muger? ibi. n. 128. pag. dicha.

Bienes del executado deben venderse si no paga la deuda, su decima, y costas: ibi. n. 295. pag. 520.

Bienes del executado, en dónde deben venderse, y cómo se ha de proceder en sus posturas, pujas, y remate? ibi. n. 296. al 298. pag. 521. y 522.

Bienes del executado comprandolos un extraño, si los podrá retraer, ó tantear el pariente suyo: y entre estos dos quál será preferido? ibi. n. 299. p. 522.

Bienes que se subastan, quién puede ser compelidoá comprarlos, y por qué deudas? ibi. n. 310. pag. 528.

Bienes del Albaceazgo, y curaduría no deben comprar el testamentario, ni curador por sí, ni por interposita persona: ibi. n. 313. pag. 530.

Bienes de la almoneda no deben comprar el Juez, ni sus Ministros: ibi. n. 314. pag. dicha.

Bienes vinculados, cómo se entienden obligados; y qué efecto produce su hipoteca, y obligacion? ibi. numer. 341. pag. 544.

Bienes de la madre que siendo tutora de sus hijos se buelve á casar, están obligados, y los de su nuevo marido á la responsabilidad de la tutela, lib. 3. cap. 3. n. 51. pag. 630.

Bienes de los arrendadores de Rentas Reales, ó de sus fiadores, si se venden para hacer pago al Fisco, quiénes pueden ser compelidos á comprarlos? ibi. n. 85. pag. 651.

C

C ante A.

Capital. Capital de los socios convencionales, y conyugales debe deducirse ante todas cosas del cumulo de caudal de la sociedad: lib. 1. cap. 3. n. 1. pag. 142.

Capital del marido, quándo se debe deducir del cuerpo de caudal, ya haya, ó no gananciales? ibi. n. 57. al 64. pag. 179. á la 182.

Casos. Casos, en quántos el inventario no prueba contra el inventariante ser los bienes inventariados de aquel, en cuyo nombre los puso? lib. 1. c. 1. n. 10. p. 18.

Casos, en quáles el heredero estará, ó no obligado á pagar las deudas, y legados que dexó el difunto? ibi. n. 44. y 45. pag. 41. á la 44.

Casos, en quáles, estando discordes los perítos en la tasacion de los bienes inventariados, se les deberá, ó no dar credito? ibi. n. 84. y 85. pag. 70. y 71.

Casos, en quáles toca al marido el deterioro, ó pérdida de los bienes dotales no estimados? lib. 1. cap. 3. num. 19. pag. 153.

Casos, en quales los bienes que marido, y muger compran durante su matrimonio con el dinero comun, ó de uno de los dos, no se les comunican como gananciales: lib. 1. cap. 4. num. 7. pag. 208.

Casos, en quáles podrá dar limosna la muger sin licencia de su marido? ibi. n. 66. pag. 247.

Casos, en quáles por muerte de uno de los conyuges se entiende renovada, y tacitamente continuada la sociedad conyugal; y se dividirán como si ésta subsistiera los gananciales adquiridos durante la proindivision del caudal? ibi. n. 86. al 91. pag. 266. á la 268.

Casos, en quáles el abuelo está obligado á dotar á su nieta natural? ibi. n. 116. p. 287.

Casos en que el usufructuario estará, ó no obligado á afianzar: lib. 1. cap. 7. n. 25. y 28. pag. 406. y 408.

Casos, en quáles habrá, ó no lugar el derecho de acrecer en la legitima de los hijos? lib. 2. cap. 1. n. 18. y 19. pag. 16.

Casos, en quáles se revocará la mejora irrevocable? lib. 2. cap. 2. n. 80. pag. 129. y 130.

Casos, en quáles no valdrá la mejora hecha á las hijas en ultima disposicion? ibi. n. 90. pag. 139.

Casos, en quáles debe hacerse la colacion? lib. 2. cap. 3. n. 5. pag. 187.

Casos en que los hijos deberán colacionar la donacion simple que su padre les hizo: ibi. n. 94. y 95. p. 238. y 239.

Casos en que no se debe colacionar la misma cosa recibida: ibi. n. 116. y 117. pag. 251. y 252.

Casos en que no habrá lugar el derecho de acrecer en los legados: lib. 2. cap. 6. n. 117. al 119. pag. 425. y 426.

Casos, en quales no ha lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos: lib. 2. cap. 9. n. 24. al 28. pag. 564. á la 566.

Casos, en quáles puede comparecer en juicio el siervo? lib. 3. cap. 1. n. 16. pag. 30.

Casos, en quáles el hijo existente baxo de la patria potestad, puede demandar á su padre legitimo, ó adoptivo? ibi. n. 16. pag. dicha.

Casos, en quáles pueden demandarse criminalmente los hermanos? ibi. n. 21. pag. 31.

Casos, en quáles la muger casada podrá demandar á su marido, ó á otro, y comparecer en juicio sin su licencia, ni la del Juez? ibi. n. 27. pag. 33.

Casos, en quáles podrá, ó no ser demandada criminalmente la muger casada por su marido, ó por su heredero? ibi. n. 28. pag. 34.

Casos, en quáles los litigantes deben dar poder especial á sus Procuradores para enjuiciar, y éstos no han de ser admitidos sin él? ibi. n. 29. pag. dicha.

Casos, en quáles puede ser demandado el reo ante Juez que no es de su domicilio? ibi. n. 37. p. 38.

Casos, en qué el reo puede ser sacado de su fuero, y demandado en la Corte, Chancillerías, y Audiencias? ibi. n. 38. y 39. pag. 40. y 41.

Caso de Corte, en quáles competirá, ó no á algunas personas? ibi. n. 40. al 43. pag. 41. á la 43.

Casos de Corte, por qué se llaman asi; quáles son, ó no notorios, y civiles, ó cri-

criminales ; y á quiénes competen, y por qué causas? ibi. n. 46. y 47. p. 44.
Casos en que se puede, ó no hacer cumulacion de acciones: ibi. n. 72. al 75. p. 54. á la 56.
Casos, en quáles se debe, ó no hacer cumulacion de autos? ibi. n. 198. al 204. p. 112. á la 116.
Casos, en quáles se puede enagenar la cosa litigiosa pendiente el pleito? ibi. n. 200. pag. 113.
Casos, en quáles el reo lego no puede reconvenir ante el Juez Secular al Clerigo que lo demanda? ibi. numer. 232. pag. 132.
Casos, en quáles habrá, ó no lugar la reconvencion en las causas criminales? ibi. n. 247. pag. 140.
Casos, en quáles está prohibida la cumulacion de acciones? ibi. n. 268. p. 150.
Casos, en quáles hará prueba un testigo solo? ibi. n. 330. pag. 189.
Casos, en quáles la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se podrá rescindir, y revocar? ibi. n. 482. pag. 281.
Casos, en quáles la sentencia proferida contra unos daña, ó aprovecha á otros? ibi. n. 500. pag. 293.
Casos, en quántos queda obligado el testador por la confesion que hace de la deuda en su ultima disposicion? lib. 3. cap. 2. n. 15. p. 361.
Casos, en quáles el hijo mejorado en tercio, y quinto puede ser executado á prorrata por las deudas de la herencia? ibi. n. 67. p. 392.
Casos, en quáles puede ser executado el fiador? ibi. n. 74. y 75. pag. 395. y 396.
Casos, en quáles puede ser, ó no executado el tercero poseedor? ibi. n. 81. y 82. pag. 398.
Casos, en quáles se induce la novacion de contrato? ibi. n. 193. y 194. pag. 467. y 468.
Casos, en quáles la Iglesia, y el menor, no solo deberán alegar, sino probar la lesion? ibi. n. 253. p. 497.
Casos, en quáles tiene accion, ó no el deudor para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta? ibi. n. 320. al 325. pag. 533. á la 536.
Casos, en quáles el executado vencido no deberá ser condenado en costas? ibi. n. 343. pag. 545.
Casos, en quáles no debe pagar decima el executado? ibi.

ibi. n. 346. y 347. p. 547. à la 549.

Casos, en quáles los acreedores personales no serán graduados à prorrata? lib. 3. cap. 3. n. 145. pag. 685.

C ante I.

Citacion. Citacion, si se deberá, ó no hacer á los herederos, legatarios, y acreedores del difunto para el inventario solemne de sus bienes? lib. y cap. 1. n. 14. y 15. pag. 20.

Citacion debe hacerse à las partes para tasar los bienes inventariados: ibi. numer. 75. pag. 63.

Citacion debe hacer á los coherederos el heredero à quien un tercero demanda sobre alguna cosa de las que se le adjudicaron en la particion, para que salga al pleito: lib. 2. cap. 9. n. 20. pag. 562.

Citacion con la demanda se debe hacer al reo: lib. 3. cap. 1. n. 129. pag. 80.

Citacion, qué es, y de quántas maneras; quál se llama verbal; y si se podrá, ó no omitir? ibi.

Citacion, si se deberá, ó no hacer, no solo al sugeto á quien se demanda, sino á todas las personas, de cuyo perjuicio se trata? ibi. n. 130. y 131. pag. 81. y 82.

Citacion siendo hecha al privilegiado por Juez que no es suyo, si deberá, ó no comparecer ante él? ibi. n. 132. pag. 82.

Citacion, cómo debe hacerse quando el demandado no puede ser hallado? ibi. n. 133. y 134. pag. 83.

Citacion siendo hecha por el Portero mayor, ó menor del Juez, deben probarla, pero no, si la hace éste, ó el Escribano: ibi. n. 134. pag. dicha.

Citacion, cómo se ha de hacer al demandado que está domiciliado en otra jurisdicion? ibi. n. 136. al 139. pag. 84. y 85.

Citacion con la demanda que se instaura contra Concejo, Comunidad, Cabildo, ó Universidad, ó contra persona privada, á quién se puede hacer? ibi. n. 140. y 141. pag. 86.

Citacion siendo legitimamente hecha, qué efecto surte? ibi. n. 143. pag. 87.

Citacion, si se podrá, ó no hacer en dias feriados, ó de noche? ibi. n. 144. pag. dicha.

Citacion, en qué casos no es necesario hacerla al reo? ibi. n. 145. pag. 88.
Citacion nueva, en qué casos es precisa? ibi. n. 146. pag. dicha.
Citacion, quál se llama Real; y si por ella se incóa realmente el uso de la accion civil, criminal, ó mixta? ibi. n. 147. y 148. pag. 88. y 89.
Citacion *in scriptis*, quál es; en qué casos tiene lugar; y á quién compete, ó no este modo de hacerla? ibi. n. 149. al 151. p. 89. y 90.
Citacion con el auto en que se manda al Escribano que vaya á hacer relacion de los que ante él penden, se debe hacer à los litigantes: ibi. n. 205. pag. 117.
Citacion, quándo se deberá hacer con la conclusion? ibi. n. 415. pag. 241.
Citacion se debe hacer á los litigantes para dar la sentencia: ibi. n. 452. p. 263.
Citacion no se debe hacer al deudor, ni pedir fianza al acreedor para despachar la execucion, lib. 3. cap. 2. num. 117. pag. 420.
Citacion de remate, quándo se debe hacer al deudor, ya exista dentro, ó fuera del Pueblo del juicio, y de su jurisdicion; de qué debe apercibirle el Escribano quando se la haga; y cómo ha de estenderla? ibi. num. 165. al 167. p. 452. y 453.
Citacion de remate, cómo se ha de hacer á los terceros que poseen los bienes obligados? ibi. n. 168. p. 454.
Citacion de remate, quándo no es necesario hacerla? ibi. n. 169. pag. 454.
Citacion de remate, y notificacion por retardado el pleito, quándo se ha de hacer nuevamente al executado, ó litigante? ibi. n. 170. pag. 454. dicha.
Citacion para la sentencia, quándo se deberá, ó no hacer al executado? ibi. numer. 269. pag. 506.
Citacion, cómo se ha de hacer á los acreedores del concurso? lib. 3 cap. 3. n. 14. y 15. pag. 608. y 609.

C ante L.

Clerigo. Clerigo puede gozar tres clases de bienes: lib. 1. cap. 5. n. 13. al 15. pag. 301.
Clerigo ordenado in sacris diciendo que debe algo á su hijo espurio, si estarán, ó no obligados sus herede-

ros á pagarselo ? lib. 2. cap. 1. n. 68. pag. 53.
Clerigo ordenado in sacris, si podrá instituir, ó no por su heredero á su nieto legitimo, ó natural hijo de su hijo espurio ? ibi. al fin.
Clerigo no debe colacionar lo que lucró *intuitu ecclesiæ*, ya esté, ó no ordenado *in sacris*: lib. 2. capit. 3. n. 80. pag. 231.
Clerigo demandante, si deberá, ó no responder á la reconvencion del lego demandado por él ? lib. 3. capit. 1. n. 231. y 232. pag. 131. y 132.
Clerigo, si podrá, ó no formar concurso, ó hacer cesion de bienes? lib. 3. cap. 3. n. 23. pag. 613.

C ante O.

Coherederos. Coherederos pueden retraer la parte de herencia que uno de los herederos vendió á estraño: lib. 1. cap. 2. num. 18. pag. 102.
Colacion, *Colacionar.* Colacionar que deben los hijos, é hijas por muerte de uno de sus padres, quando estos juntos, ò el padre solo les dieron dote, ò hicieron donacion propter nuptias, y hay gananciales? lib. 1. cap. 4. n. 107. pag. 279.
Colacionar, que deben el hijo, é hija en la particion de los bienes de su padre, quando su madre viuda los dotó, ó hizo donacion propter nuptias durante la proindivision de ellos? ibi. num. 108. pag. dicha.
Y qué, quando son varios hermanos, ó un hijo, ó hija sola; y sin concurrencia de su madre los dotó, ó hizo donacion propter nuptias su padre; vienen á partir entre sí, ó el hijo, ó hija unica con su madre; y hay gananciales? ibi. n. 109. y 110. pag. 280. á la 283.
Colacion, qué es, por quién, y á qué fin fue introducida? lib. 2. cap. 3. n. 2. y 139. pag. 185. y 269.
Colacion, é imputacion, en qué se diferencian? ibi. numer. 4. pag. 186.
Colacion en qué casos debe hacerse ? ibi. n. 5. p. 187.
Colacion, si cesará, ó no prohibiendola el padre expresamente ? ibi. num. 6.
Colacion para que haya lugar, qué circunstancias se requieren ? ibi. n. 7. al 13. pag. 187. á la 190.
Colacion há lugar á la herencia de los ascendientes entre

tre sus hijos, y descendientes legitimos, ó legitimados por el subsequente matrimonio, ya sean instituídos con igualdad, ó desigualdad, y en cosas ciertas, y distintas: ibi. n. 14. 15. y 16. pag. 191. y 192.
Colacion no há lugar entre los herederos estraños instituídos solos en testamento, ó juntamente con los hijos del testador: ibi. numer. 17. pag. 192.
Colacion no há lugar entre los colaterales consanguineos: ibi. num. 18. p. 193.
Colacion no há lugar entre los ascendientes: ibi. n. 19. y cap. 4. num. 7. p. 315.
Colacion, si habrá, ó no lugar con el hijo legitimado por el Principe, ó con el adoptado, ó entre los hijos naturales entre sí solos, ó con otros legitimos? ibi. num. 20. pag. 194.
Colacionar, si deberán, ó no el hijo, ó hija excluídos de heredar por estatuto, ó costumbre lo que recibieron en vida de sus padres? ibi. num. 21. pag. 195.
Colacionar no deben los hijos por muerte de su abuelo la dote, y donacion que les dieron sus padres que le premurieron: ibi. n. 22.
Colacionar deben los nietos por muerte de sus abuelos lo que éstos les dieron despues de la de su padre, ó madre: ibi. n. 23. p. 196.
Colacionar deben los nietos lo que sus abuelos dieron á sus padres, y heredaron de éstos: ibi. num. 24.
Colacionar no deben los nietos por muerte de sus abuelos lo que hubieron de éstos por via de mejora, ó fuera de la legitima de sus padres, á quienes instituyeron en ésta: ibi. n. 25. pag. 197.
Colacionar, si deberán, ó no los nietos por muerte de sus abuelos la dote, y donacion propter nuptias que éstos dieron á sus padres, y por haberlas consumido, no llegaron á su poder? ibi. num. 26. al 31. pag. 197. dicha á la 202.
Colacionar, qué deben por muerte de su padre los hijos de dos matrimonios que dexó, yá haya dado á los del primero mas, ó menos que su legitima materna? ibi. num. 32. pag. 203.
Colacionar deben los hijos, y descendientes legitimos por muerte de sus padres lo que hubieron del patrimonio de éstos, si aceptan

su herencia: ibi. num. 39. pag. 208.

Colacionar deben las hijas por muerte de sus padres la dote, y donacion propter nuptias que recibieron de ellos, aunque no sean requeridas por los coherederos; excepto en un caso: ibi. n. 40. al 42. pag. 209.

Colacionar, si deberán, ó no las hijas lo que recibieron de sus padres en caso que se contenten con su dote, y repudien su herencia? ibi. num. 43. pag. 210.

Colacionar deben las hijas las donaciones que además de la dote les hicieron sus padres: ibi. n. 44. pag. dicha.

Colacionar deben las hijas lo que por mera contemplacion de sus padres las dieron otras personas: ibi. numer. 45. pag. 211.

Colacionar no debe la hija el dinero que la dió el que la desfloró; ni el hijo el que recibió por la injuria que se le hizo: ibi. num. 46. pag. dicha.

Colacionar no debe la hija con sus hermanos la dote, ni donacion, propter nuptias que algun estraño la dió; ni las dádivas, ó regalos que algun pariente, ó amo á quien sirvió, la hizo, y salarios que ganó. ibi. num. 47. pag. cit.

Colacionar deben las hijas que profesan en religion capáz de adquirir, lo que las dieron sus padres: ibi. n. 48. y 49. p. 212. y 213.

Colacionar, si deberá, ó no la hija religiosa las cosas que su padre la dió, á mas de la dote? ibi. num. 50. pag. 213. dicha.

Colacionar no debe la hija religiosa lo que su padre la dió para sus religiosas necesidades: ibi. num. 51. pag. 214.

Colacionar debe el hijo no solo lo que hubo de sus padres, sino los vestidos, adornos, y demás que dieron á su esposa, y muger, ya estén, ó no consumidos: ibi. n. 52. p. dicha.

Colacionar no debe el hijo las impensas de refresco, regalo al Cura que lo casó, ni otras que por combite, y con titulo de honor, y celebridad de su boda, ó Misa nueva hacen sus padres: ibi. num. 53. pag. 215.

Colacionar deben los hijos los oficios públicos vendibles, que les compran sus padres, ó ellos con el dine-

ro que á este efecto les dán, si les son transmisibles, y no de otra suerte: ibi. numer. 54. pag. dicha.

Colacionar, si deberá, ó no el hijo las expensas hechas por su padre en sacar las bulas para obtener Obispado, Canonicato, ú otro beneficio, ó dignidad Eclesiastica util, y fructifera? ibi. num. 55. pag. 216.

Colacionar debe el hijo lo que su padre poseedor de mayorazgo expende en la obtencion de Breve Pontificio para sacar de los frutos de ciertas Iglesias alguna quota á fin de erigir beneficios, cuya presentacion ha de hacer el mismo hijo, que debe succeder en el mayorazgo: ibi. n. 56. p. 217.

Colacionar, si deberá, ó no el hijo la donacion que su padre le hizo con titulo de patrimonio para ordenarse? ibi. num. 57. y 58. pagin. 217. y 218.

Colacionar deben los hijos lo que sus padres además de la dote, y donacion propter nuptias les dieron para alguna urgencia: ibi. n. 59. pag. 218.

Colacionar debe el hijo que está baxo de la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si tiene recogidos los frutos: ibi. n. 60. p. 219.

Pero no, si se los donó tacitamente: ibi. n. 61. y 62. pag. dicha y 220.

Colacionar no debe el hijo los frutos de sus bienes adventicios, cuyo usufructo no quiso su padre; ni los demás que por no haberlo querido adquirir éste, adquirió el mismo hijo, lib. 2. y cap. 3. dichos n. 63. 64. y 67. pag. 221. y 223.

Colacionar no debe el hijo lo que su padre le donó al tiempo de emancipar le; excepto en un caso: ibi. numer. 68. p. 223. dicha.

Colacionar, en qué casos deberá, ó no el hijo los gastos que su padre hizo con él en el estudio? ibi. n. 69. al 75. pag. 224. á la 227.

Colacionar, quándo deberá el hijo los gastos que su padre hizo con él para aprender ciencias mayores, ó ir á la guerra? ibi. n. 76. pag. 228.

Colacionar, si deberá, ó no el hijo los libros que su padre le dió para estudiar, ya egerza, ó no oficio público de enseñar? ibi. n. 77. y 78. pag. dicha, y 229.

Co-

Colacionar no debe el hijo lo que adquirió en la guerra: ibi. n. 79. pag. 230.

Colacionar no debe el hijo su peculio quasi castrense: ibi. n. 80. pag. dicha.

Colacionar no debe el hijo Clerigo lo que lucra *intuitu ecclesiæ*, ya esté, ó no ordenado *in sacris*: ibi. dicho n. 80. pag. 231.

Colacionar, si deberá, ó no el hijo lo que su padre expendió en obtenerle algun honor vendible, ó invendible? ibi. n. 81. p. dicha.

Colacionar no debe el hijo los gastos que hizo su padre, á fin de condecorarle con el grado de Doctor, ó Licenciado: ibi. num. 82. pag. 232.

Colacionar no debe el hijo lo que su padre, ó madre expendieron por redimirle de captiverio: ibi. n. 83. pag. dicha.

Colacionar, quándo deberá el hijo lo que su padre pagó por él por la pena en que por algun delito fue condenado? ibi. num. 84. pag. 233.

Colacionar no debe el hijo de criado del Rey, ó Reyna la pension, ó renta vitalicia que por via de mera gracia, y donacion le hacen; excepto en un caso: ibi n. 85. y 86. pag. dicha, y 234.

Colacionar no debe el hijo lo que con su personal trabajo, y mera industria adquirió: ibi. n. 87. p. 235.

Colacionar debe el hijo lo que lucró con caudal de su padre: y en caso de duda la mitad: ibi. n. 88. pag. dicha.

Colacionar debe el hijo el importe de los bienes que destruyó, ó substrajo á su padre: ibi. n. 91. pag. 237.

Colacionar, si deberá, ó no el hijo la donacion que sus padres le hicieron por sus meritos; y si estará, ó no obligado á justificarlos, ó bastará la confesion de los donantes? ibi. n. 92. y 93. pag. 237. y 238.

Colacionar debe el hijo las donaciones que por causa necesaria le hizo su padre; pero no las simples, excepto en tres casos: ibi. n. 94. y 95. p. 238. y 239.

Colacionar, si deberá, ó no la nieta lo que viviendo su padre, la dió su abuelo? ibi. num. 100. y 101. pag. 243.

Colacionar no debe el hijo el emphiteusi de *nominacion*, *por ciertas vidas* que su padre no compró, ni fue el

el primero que lo poseyó, si lo eligió para succeder en él: ibi. n. 102. p. 244.

Colacionar debe el hijo el emphiteusi referido, si su padre lo adquirió, ó compró, ó por su contemplacion se le concedió, y las mejoras hechas en la finca emphiteutica: ibi. n. 103. al 105. pag. 245. y lib. 1. cap. 2. n. 73. pag. 134.

Colacionar debe el hijo el importe de las mejoras *utiles* que su padre hizo en la finca emphiteutica, y no otras, si acepta su herencia: dicho lib. 2. y cap. 3. n. 106. al 109. pag. 246. y 247.

Colacionar debe el hijo la alhaja emphiteutica quando su padre no solo lo nombra para succeder en ella, sino que se la entrega en vida simplemente, ó en otra forma, y goza sus frutos: ibi. n. 110. pag. 248.

Colacionar debe el nieto al modo que su padre el emphiteusi de nominacion comprado por su abuelo, quando se dividan los bienes de éste: ibi. num. 111. pag. dicha.

Colacionar debe el hijo la finca gravada con emphiteusi perpetuo que su padre le donó en vida: ibi. n. 113. pag. 249.

Colacion se puede hacer de tres modos: ibi. num. 115. pag. 250.

Colacionar se debe la misma cosa recibida si existe, excepto en tres casos: ibi. n. 116. y 117. p. 251. y 252.

Colacionar se deben no solo la dote, y donacion propter nuptias, sino las otras donaciones que los hijos, y descendientes hubieren recibido de sus padres, ó ascendientes; y se inserta, y explica la ley 29. de Toro: ibi. num. 119. y 120. pag. 253. y 254.

Colacionar, por qué valor se debe la finca dada en dote, ó en donacion propter nuptias, que no fue valuada, ó si lo fue, no causó venta su estimacion, ya se haya hecho, ó no mas preciosa por solo el tiempo? ibi. n. 121. pag. 255. y 256.

Colacionar, por qué valor se debe la finca estimada dada en dote, ó en donacion propter nuptias, ya se haya hecho, ó no mas preciosa por la industria de la dotada, ó donatario? ibi. num. 122. al 124. pag. 257. y 258.

Colacionar, por qué valor se deben los bienes muebles dados en dote, ó en donacion propter nuptias, ya se hayan estimado, ó no? ibi. n. 125. pag. 258.

Colacionar, y estimar no se deben los bienes no apreciados dados en dote, ó donados, que perecieron despues de la muerte del donante sin culpa del donatario: ibi. n. 126. p. 259.

Colacionar se deben los referidos bienes apreciados, que perecieron por culpa del donatario despues de la muerte del donante: ibi. n. 127. pag. 260.

Colacionar no debe el hijo, ó hija los expresados bienes no estimados, que sin su culpa perecieron en vida de su padre: ibi. n. 128. pag. dicha.

Colacionar, si deberá, ò no el descendiente que repudia la herencia de su ascendiente, lo que en vida recibió de éste? ibi. n. 129. pag. 261.

Colacion, para qué efectos se hace, y quál es la propia, y verdadera? ibi. numer. 139. pag. 269.

Colacion, si dexó de hacerse por olvido, error, ú ocultacion de alguna cosa de la herencia, se puede impugnar, y rescindir la particion: lib. 2. cap. 9. n. 9. al 12. pag. 556 y 557.

Colacionar no deben los coherederos las porciones que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleito sobre su validacion, ó invalidacion, recibieron en bienes que sin su culpa perecieron antes de concluirse éste; ni los frutos percibidos de ellos: ibi. num. 19. pag. 561.

Compensacion. Compensacion, si se hará, ó no de la dote, y bienes paraphernales que la muger lleva á su matrimonio, con el legado que su marido la hizo? lib. 2. cap. 6. n. 125. al 129. pag. 428. á la 431.

Compensacion, si se hará, ó no de las arras que su marido la ofreció, con el legado que la hizo? ibi. numer. 130. pag. 431.

Compensacion no se hará de los gananciales que tocan á la muger, con lo que la legó su marido: ibi. n. 131. pag. 432.

Compensacion, si se hará, ó no del legado que el padre hace á su hija impubere, con la dote que teniendo

do edad para casarse, debe darla? ibi. n. 132. p. 434.
Compensacion, si se hará, ó no de lo que alguno debe á su acreedor, con la donacion que le hace? ibi. n. 136. pag. 435.
Compensacion, si se hará, ó no del legado que el deudor hace á su acreedor con lo que le debe, ya sea necesario, ó voluntario el débito? ibi. n. 137. al 139. pag. 436. y 437.
Compensacion, si habrá, ó no lugar de lo que el deudor debe à su acreedor quando éste le lega la prenda que para seguridad de la deuda le entregó? ibi. n. 140. pag. 438.
Compensacion, si se hará, ó no de la especie con la cantidad; ó quando son diferentes especies; ó con lo que se debe por disposicion de ley al superstite? ibi. n. 141. pag. dicha.
Compensacion, en qué se diferencia de la reconvencion? lib. 3. cap. 1. n. 226. pag. 120.
Compensacion, qué es, y quándo impedirá la execucion? lib. 3. cap. 2. n. 180. pag. 459.
Compensacion, ante qué Juez, y dentro de qué termino puede ponerla el executado; y qué efecto producirá si la opone por via de excepcion, ó reconvencion? ibi. n. 181. p. 460.
Compensacion, si podrá oponerla el que juró en el contrato no usar de ella? ibi. n. 182. pag. dicha.
Compensacion, de qué cosas se debe, ó no admitir? ibi. n. 183. pag. 461.
Compensacion, qué personas pueden, ó no oponerla, y pretenderla? ibi. n. 184. al 187. pag. 461. y 462.
Compensacion, de qué cosas no se admite? ibi. n. 188. pag. 463.
Compensacion, si podrá, ó no hacer el acreedor posterior, que por otra causa es deudor de su deudor, de su credito con el débito, en perjuicio de los demás acreedores privilegiados del mismo deudor? lib. 3. cap. 3. n. 143. pag 684.
Comprador. Comprador de la parte que toca á uno de los herederos debe ser incluído con estos en el juicio divisorio. lib. 1. c. 2 n. 16. p. 102.
Comprador de los bienes subastados, quándo queda, ó no libre de las molestias del deudor? lib 3. cap. 2. n. 307. pag. 526.

Comprador de los bienes subastados, si quedará, ó no libre de las molestias de los acreedores del deudor? ibi. n. 308. y 309. p. 527.

Comprador debe restituir con frutos lo que cometiendo dolo, compró en pública subasta: ibi. n. 314. pag. 530.

Comunion. Comunion de bienes ninguno puede ser compelido á tener con otro. lib. 1. cap. 2. n. 1. p. 92.

Conclusion. Conclusion, si será, ó no de substancia del juicio; y quándo se tendrá por concluso el pleito, si dos, ó mas litigan? lib. 3. cap. 1. n. 415. pag. 241.

Concurso. Concurso, de quántas maneras es? lib. 3. capit. 3. n. 1. pag. 602.

Concurso *voluntario*, ó cesion de bienes, qué es: para qué fue introducido: y si su auxilio se podrá, ó no renunciar? ibi. n. 2. y 3. pag. 603. y 604.

Concurso, ó cesion de bienes, quiénes pueden hacerlo, y á qué sugetos no se admite? ibi. n. 4. al 7. y 22. y 23. pag. 604. 605. y 613.

Concurso formado legalmente, qué efectos produce? ibi. n. 21. pag. 612.

Concurso, ó cesion de bienes, cómo se ha de substanciar hasta que se declare por bien formado, ya haya, ó no oposicion de algun acreedor? ibi. n. 24. y 25. pag. 614. y 615.

Concurso, si una vez formado podrá arrepentirse el concursante, é impedir la venta de sus bienes? ibi. n. 35. pag. 622.

Concurso *necesario*, quál es, y en qué conviene, y se diferencia del voluntario? ibi. n. 39. y 40. pag. 623. y 624.

Condicion. Condicion puede ser puesta en los legados: lib. 2. cap. 6. n. 61. p. 397.

Condicion qué es, y quál se llama *potestativa*? ibi. numer. 69. pag. 402.

Condiciones *casuales*, ó contingentes quáles son? ibi. n. 70. pag. dicha.

Condiciones, quáles se llaman *ciertas*, ó *necesarias*? ibi. n. 71. pag. 403.

Condiciones, quáles son *mixtas de casuales*, y *potestativas*, y quándo se pueden cumplir? ibi. n. 72. al 74. pag. dicha, y 404.

Condiciones de *presente*, de *preterito*, y de *futuro* quáles son, y obligan al instante? ibi. n. 75. pag. 404.

Con-

Condiciones, quáles se llaman *expresas*, y quáles *tácitas*: y estas de quántas maneras se entienden puestas en los legados, é instituciones? ibi. n. 76. al 80. pag. 405. y 406.
Condiciones que consisten en dar, ó hacer, quáles son? ibi. n. 81. pag. 407.
Condicion siendo prohibitiva, quándo impedirá, ó no al legatario la percepcion del legado? y deberá restituirlo con frutos? ibi. numer. 82. pag. dicha.
Condicion puesta por el testador al legatario de que jure dar, ó hacer lo que le manda, si le obligará, ó no en quanto al juramento? ibi.
Condiciones, quáles se llaman *posibles*, é *imposibles*, y vician, ó no el legado, ó institucion, contrato, y sentencia? ibi. n. 83. al 85. p. 407. y 408.
Condiciones *modales* quáles son: qué efecto causan, y si impedirán, ó no al legatario el percibo del legado? ibi. n. 86. y 87. pag. 409.
Condiciones juntas, ó apartadas poniendo el testador al legatario, ya miren á un solo fin, ó á diversos, si deberá cumplirlas para percibir el legado? ibi. n. 92. y 93. pag. 412. y 413.
Condicion siendo puesta á muchos, ó á unos sí, y á otros no, si deberán, ó no cumplirla para percibir el legado? ibi. n. 95. p. 413.
Condicion posible impuesta al legatario, cómo debe cumplirla para percibir el legado? ibi. n. 95. p. dicha.
Condicion puesta al legatario, si se entenderá, ó no repetida en el substituto, y quáles son las causas inductivas de la tácita repeticion? ibi. n. 96. al 99. pag. 414. y 415.
Condicion puesta por el testador, por el contrayente, y por la ley, cómo se debe observar? lib. 2. cap. 7. n. 64. al fin pag. 488.
Condiciones honestas puede imponer el testador á los herederos estraños que instituye: lib. 2. cap. 8. n. 4. pag. 499.
Condicion puesta al heredero instituído, si se entenderá, ó no repetida en el substituto? ibi. n. 56. pag. 525.
Confesion. Confesion hecha por el marido en su última disposicion de haber recibido la dote, no perjudica á sus herederos legítimos, ni acreedores: pero sí á sus

herederos estraños: lib. 1. cap. 3. n. 36. pag. 167.
Siendo hecha en contrato entre vivos constante matrimonio, en qué casos le perjudicará? ibi. num. 37. pag. 168.
Y si perjudicará, ó no á sus acreedores, y herederos forzosos? ibi. n. 38. p. 169.
Confesion del débito hecha en ultima disposicion, si perjudicará, ó no á los herederos del testador? lib. 2. cap. 6. n. 57. pag. 394.
Confesion, ó declaracion judicial qué es, y en quántas clases se divide? lib. 3. cap. 1. n. 284. y 285. p. 159.
Confesion judicial para que haga fé, y pruebe contra el confitente, debe contener diez circunstancias: ibi. n 286. pag. 160.
Confesion en que concurren las diez circunstancias referidas, qué efectos produce? ibi. n. 287. pag. 162.
Confesion extrajudicial hecha ante dos testigos, y de la parte adversa, ó en ausencia de ésta, qué prueba hace en las causas civiles? ibi. n. 296 pag. 167.
Confesion del deudor, quándo traerá, ó no aparejada execucion? lib. 3. cap. 2. n. 11. pag. 359.
Confesion de haber contraído la deuda haciendo el deudor; pero excepcionando que el acreedor se la remitió, ó hizo pacto de no pedirsela, si traerá, ó no aparejada execucion? ibi. n. 12. pag. 360.
Confesion de la deuda haciendo el deudor, y remitiendose en ella á algun instrumento, carta, ó papel, por qué cantidad se deberá despachar execucion en virtud de ella? ibi. num. 13. pag. dicha.
Confesiones, quáles no son executivas? ibi. num. 14. pag. 361.
Confesion que el testador hace de la deuda en su ultima disposicion, si será, ó no executiva; y en qué casos quedará obligado por ella? ibi. n. 15. p. dicha.
Confesion que hace el menor, si traerá, ó no aparejada execucion? ibi. num. 16. pag. 362.
Confesiones fictas, y alternativas no traen aparejada execucion: ibi. num. 17. pag. dicha.
Confesion pura de la deuda, que consta en Escritura privada, á quién perjudica, ó no? ibi. n. 24. p. 367.
Confesion hecha por ciertas per-

personas no perjudica á los acreedores de aquellas, por quienes las hicieron: ibi. num. 25. pag. dicha.

Confesion, ó reconocimiento extrajudicial no trae aparejada execucion; pero aprovecha para la via ordinaria, aunque el confitente no sepa firmar; ibi. n. 27. p. 368.

Confesion del concursante, ó reconocimiento del papel que hizo á favor de algun acreedor suyo, quándo perjudicará, ó no á los demás que tenga? lib. 3. cap. 3. n. 33. y 34. p. 620. y 621.

Contadores. Contadores, en qué deben estár instruídos para hacer sin agravio las particiones, y quiénes pueden serlo, ó no? lib. 1. c. 2. n. 26. y 27. p. 107. y 108.

Contadores, si podrán ser compelidos á aceptar el encargo de tales? ibi. n. 28.

Contadores si podrán ser recusados, y por qué causas? ibi. num. 29. al 32. p. 108. á la 110.

Contadores estando discordes, si podrán ser apremiados á elegir tercero? ibi. num. 33. y 34. p. 111. y 112.

Contadores, quántos han de ser nombrados, si la muger queda viuda sin hijos, y su marido instituye por herederos á dos, ó mas hermanos, ó sobrinos? ibi. num. 35. y 36. pag. 112.

Contadores pueden hacer adjudicaciones á los partícipes en la herencia: ibi. numer. 38. pag. 114.

Contadores, qué reglas deben observar para hacer con justificacion las adjudicaciones de bienes, y deudas á los partícipes? ibi. num. 39. al 53. pag. 115. á la 124.

Y si podrán ser compelidos á hacerlas? ibi. num. 54.

Contadores pueden enmendar el error que hayan padecido, con tal que no esté aprobada la particion: ibi. num. 55. pag. 125.

Contador, cómo ha de proceder en la division de las cosas individuas, ó que no tienen cómoda division? lib. 1. cap. 2. n. 60. y 61. pag. 127. y 128.

Contador, qué debe hacer quando el testador tomó dinero á censo vitalicio, y vive el pensionario? ibi. num. 65. pag. 131.

Contador enterado que sea del inventario, y demás papeles concernientes á la particion, qué ha de hacer,

cer, y cómo ha de formar el cuerpo de caudal? lib. 1. cap. 3. num. 2. 3. y 4. pagin. 143. y 144.

Contador, quándo, y por qué razon ha de baxar primero la dote legitima de la muger? ibi num. 4. y 5. pag. 144.

Contador, en qué precio ha de aplicar á la muger las fincas estimadas como dotales por la subrogacion del dinero dotal con que se compraron? ibi. num. 28. pag. 160.

Contador, en concurrencia de dos dotes, quál ha de baxar primero, ya haya, ó no gananciales? ibi n. 30. al 33. pag. 162. á la 166.

Contador, en qué lugar debe deducir la dote confesada? ibi. n. 36. al 38. pag. 167. á la 169.

Contador, á quién ha de aplicar el fundo patrimonial que durante el matrimonio retrajo el marido por derecho de sangre? lib. 1. cap. 4. n. 13. pag. 212.

Contador, por qué precio ha de aplicar los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros que constante matrimonio compran los conyuges? ibi. n. 15. pag. 213.

Contador, á quién ha de aplicar lá finca que el marido habia vendido con pacto de *retrovendendo* antes de casarse, y estando ya casado, retrajo? ibi. n. 23. pag. 218.

Contador, á quién debe aplicar la donacion que los parientes del marido hacen á su muger, ó los de ésta á aquel? ibi. n. 25. p. 219.

Contador, cómo ha de dividir los gananciales entre hijos de dos, ó mas matrimonios? ibi. n. 34. al 43. pag. 228. á la 233.

Contador, cómo ha de proceder en la division de los gastos, y mejoras hechas en los bienes libres de marido, y muger, ó en los dotales de ésta, ya sean utiles, ó necesarias? ibi. numer. 73. al 78. pag. 252. á la 257.

Contador, qué debe practicar despues de baxados los capitales que los conyuges pusieron por fondo en su conyugal sociedad, y las deudas en su intermedio contraídas, y divididos los gananciales? lib. 1. cap. 6. num. 1. pag. 337.

Contador, si deberá aplicar al superstite el lecho quotidiano en los bienes de que

se

se compone, ó tendrá facultad para adjudicarle su importe en dinero, ó en otras cosas? ibi. num. 66. pag. 388.

Contador debe hacer la adjudicacion en una, ó mas fincas, ó alhajas integras de la herencia á la viuda, y herederos del difunto, y no dexarlas proindiviso, lib. 1. cap. 2. num. 45. pagin. 118. y lib. 2. cap. 1. num. 7. pag. 11.

Contador, de dónde, y cómo ha de deducir los gastos del funeral, Misas, y entierro del que testa entre descendientes legitimos, ó estraños, ya alcance, ó no el quinto para cubrirlos? lib. 2. y cap. 1. dichos numer. 31. al 34. pag. 27. á la 29.

Contador, quándo ha de conceptuar al donatario por mejorado en lo que importe la donacion hecha por su padre, ó madre? lib. 2. cap. 3. num. 98. pag. 240.

Contador, si deberá imputar primero al donatario en quenta de legitima la cosa donada, ó en quenta de mejora? ibi. num. 99. pagin. 241. y 242.

Contador debe tener presentes cinco reglas para deducir con justificacion la mejora quando algunos descendientes colacionan con los coherederos lo que sus padres les donaron, y entregaron en vida: ibi. numer. 136. al 140. pag. 267. á la 270.

Contador, si para deducir la mejora deberá, ó no cumular los bienes que el padre, ó ascendiente dona, y entrega simplemente en vida á un hijo, con los que dexa por su muerte, quando mejora expresamente á otro en ultima disposicion? ibi. num. 148. al 162. pagin. 279. á la 296.

Contador, si deberá, ó no cumular los bienes que en vida entrega el padre á un hijo unico mejorado expresamente, con los que dexa por su muerte, ya sea por haberselos dado en quenta, y parte de la mejora, ó en donacion propter nuptias, ú otra conferible? ibi. n. 163. al 166. pag. 197. á la 300.

Contador, de dónde ha de baxar los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados del descendiente que teniendo ascendientes legitimos dispuso del tercio de sus bienes? lib. 2. cap. 4. nu-

num. 15. al 18. p. 320. á la 322.

Contestacion. Contestacion de demanda, qué es; de quántas maneras puede hacerse; y qué efectos produce? lib. 3. cap. 1. n. 219. y 220. pag. 124.

Contestacion de demanda, ante quién, y dentro de qué termino debe hacerse? ibi. n. 221. y 222. p. 125. y 126.

Contumacia. Contumacia, ó rebeldía, qué es, y en qué casos se comete? lib. 3. capit. 1. n. 152. y 153. pagin. 90. y 91.

Contumacia, quál se llama *notoria*, *verdadera*, *presunta*, ó *ficta*; y qué diferencia hay entre la verdadera, y ficta? ibi. n. 154. al 156. pag. 91. y 92.

Contumaces siendo el actor, y reo, cómo puede proceder el Juez contra ellos? ibi. n. 157. y 158. p. 92. y 93.

Contumacia, quiénes no incurren en ella? ibi. n. 166. pag. 96.

Contumáz para haber al reo por tal, qué cosas son necesarias? ibi. num. 223. pag. 126.

Costumbre. Costumbre del Pueblo en que se celebró el matrimonio se debe observar en la division de los gananciales, quando ningun pacto intervino acerca de ellos: lib. 1. cap. 4. numer. 61. pag. 243.

Costumbre para que tenga fuerza de ley, qué requisitos son necesarios? lib. 1. cap. 5. n. 26. cerca del fin pag 310.

Costumbre de exigir la decima de la execucion, de qué lugar se entiende: si de el de los bienes executados, ó de el del domicilio del executado: y por quánto tiempo prescribe? lib. 3. cap. 2. n. 344. p. 546.

C ante R.

Criados. Criado puede exigir de su amo todo el salario estipulado, si antes de cumplirse el tiempo asignado le despide sin causa, ó le da motivo para despedirse: lib. 1. cap. 4 numer. 49. al medio p 237.

Criados, si podrán demandar civil, ó criminalmente á sus amos? lib. 3 cap. 1. numer. 22. pag. 32.

Criados, quánto tiempo tienen para pedir los salarios á sus amos? lib. 3. cap. 2. n. 222. al fin pag. 483.

Criados, ya litiguen entre sí, ó con otros acreedores de sus amos sobre sus salarios, cómo han de ser graduados? lib. 3. cap. 3. n. 121. pag. 674.

C ante U.

Cumulacion. Cumulacion, si se deberá, ó no hacer de los bienes que el padre, ó ascendiente dona, y entrega simplemente en vida á un hijo, que se entiende tacitamente mejorado, con los que dexa al tiempo de su muerte, quando mejora expresamente á otro en ultima disposicion? lib. 2. cap. 3. n. 148. al 162. pag. 279. á la 296.

Cumulacion, si se deberá, ó no hacer de los bienes que entrega en vida el padre á un hijo unico mejorado expresamente, con los que dexa por su muerte: ya sea por haberselos dado en quenta, y parte de la mejora, ó en donacion propter nuptias? ibi. n. 163. al 166. pag. 197. á la 300.

Cumulacion, ó acumulacion de acciones, de quántas maneras es? lib. 3. cap. 1. n. 68. pag. 52.

Cumulacion de muchas, y diversas acciones civiles, y criminales contra uno, ó mas sugetos, si se podrá, ó no hacer por el actor en un libelo por diversas causas, y razones? ibi. n. 69. y 70. pag. 53.

Cumulacion de acciones, en qué casos puede, ó no hacerse? ibi. num. 72. al 75. pag. 54. á la 56.

Cumulacion de autos, y procesos que produce la litispendencia, en qué estado del pleito se puede pretender: qué cosas son necesarias para que se verifique ésta? y si pendiente el pleito, se podrá, ó no enagenar la alhaja litigiosa? ibi. num. 198. al 200. pag. 112. y 113.

Cumulacion de autos, por qué causas se puede hacer? ibi. n. 201. al 203. p. 114. y 115.

Cumulacion de autos no se debe hacer en siete casos: ibi. n. 204. pag. 116.

Cumulacion de autos pendientes ante dos Jueces uno mas digno que el otro, ó ante Escribanos de un mismo fuero, ó de diverso, si se pide por varios acreedores, á quál Juez, ó Escribano se debe hacer, y ante quál se ha de pre-

tender? ibi. n. 205. y 206. pag. 117.
Cumulacion si se declara, ó no haber lugar á ella, qué debe hacer el Escribano á quien se quitan los autos, ó el que los tiene todos en su Oficio? ibi. n. 207. p. 118.
Cumulacion de acciones, en qué casos está prohibida; y si habrá, ó no lugar en las causas de posesion, y propiedad? ibi. num. 267. al 270. p. 150. á la 152.
Comulacion de autos, y procesos, si deberá, ó no pedirla el concursante, quando forma el concurso? lib. 3. cap. 3. n. 17. y 18. p. 610.
Curador, *Curaduría*. Curaduría *ad litem* con sus diligencias previas estendida, lib. 2. cap. 10. p. 572. á la 574.
Curaduría *ad bona* estendida: ibi. pag. 593. á la 598.
Curador *ad litem* debe afianzar con persona lega, llana, y abonada que cumplirá exactamente su encargo, y presenciar el juramento que haga su menor en juicio: lib. 3. cap. 1. num. 25. pag. 33.
Curador, si podrá, ó no constituir Procurador, ó apoderado para negocios de su menor? ibi. num. 26. pag. dicha.
Curador, y testamentario no deben comprar los bienes de su albaceazgo, y curaduría: lib. 3. cap. 2. n. 313. pag. 530.

D

D ante A.

Año. Daño que alguno de los herederos hace en las cosas de la herencia, se ha de aumentar al inventario: lib. 1. cap. 1. num. 28. y 29. pag. 31.
Daño que se irroga á la sociedad por dolo, ó culpa de uno de los socios, no debe dañar á los consocios, lib. 1. cap. 4. n. 45. p. 235.

D ante E.

Decima. Decima, y costas, quándo deberá, ó no pagar el executado, y ser condenado en ellas? lib. 3. cap. 2. num. 280. al 285. pag. 512. á la 514.
Decima de la execucion debe pagar el executado, si se

se sentencia la causa de remate, y hay costumbre de exigirla: ibi. num. 344. pagin. 546.

Decima de la execucion, en qué casos no debe exigirla el Alguacil que la hizo: y si valdrá el concierto que acerca de ella haga con el acreedor? ibi. num. 345. pag. 547.

Decima de la execucion, en qué casos no deberá pagarse? ibi. n. 346. p. dicha.

Decima de la execucion por deudas del Fisco, ó de hermandad, si se deberá, ó no pagar? ibi. num. 347. pag. 549.

Decima por una misma deuda se debe pagar una vez solamente: ibi. num. 348. y 349. pag. 550.

Decima, quándo deberá, ó no pagar el acreedor que pide la execucion? ibi. numer. 350. pag. 551.

Decima de la execucion se ha de dividir entre los Ministros que entienden en ella: ibi. num. 351. pag. dicha.

Declinatoria. Declinatoria, qué es; quándo se debe proponer, y determinar; y quién puede conocer de ella? lib. 3. cap. 1. n. 177. pag. 100.

Declinatoria, qué efectos causa; y si una vez propuesta, podrá el Juez proceder ad ulteriora: ibi. n. 190. pag. 107.

Declinatoria de fuero se admite por excepcion en la via executiva: lib. 3. cap. 2. num. 230. pag. 488.

Delegacion. Delegacion de su oficio no pueden hacer los perítos, y tercero nombrados para tasar los bienes inventariados: lib. 1. cap. 1. num. 86. pag. 71.

Delegacion, qué es; y si por ella se hará, ó no novacion de contrato? lib. 3. cap. 2. num. 195. al 198. p. 469. y 470.

Demanda. Demanda, qué es; cómo se ha de poner; y por quién ha de ser firmada? lib. 3. cap. 1. num. 30. pag. 35.

Demanda, qué cosas ha de contener; y si alguno podrá, ó no ser compelido á ponerla á otro? ibi. n. 60. al 62. y n. 65. y 66. p. 49. á la 51.

Demanda, si se podrá, ó no ampliar, corregir, y mudar? ibi. num. 97. y 98. pag. 64.

Demanda por una cosa, ó mas si dos la ponen á un sugeto, á quál debe responder primero? ibi. n. 99. p. 65.

Demanda si está obscura, qué se ha de hacer? ibi. n. 100. pag. dicha.

Demanda, qué clausulas suele contener; y qué efectos causan? ibi. n. 101. y 102. pag. 65. cit. y 66.

Demanda propuesta por el actor se debe hacer saber al reo: ibi. n. 129. pag. 80.

Demandas que se instauran contra Concejo, Comunidad, Cabildo, ó Universidad se pueden notificar á su Procurador Sindico: ibi. n. 140. pag. 86.

Demanda que se promueve contra persona particular que no existe en el Pueblo, ó no puede ser habida, se puede hacer saber á su apoderado, y substanciarse con él: ibi. n. 141. pag. dicha.

Demandado no debe ser privado de la posesion de la cosa litigiosa, percepcion de sus frutos, y uso de su comodidad, pendiente el pleito: ibi. n. 200. cerca del fin pag. 113.

Deposito. Deposito de los bienes executados, en qué persona debe hacerse: lib. 3. cap. 2. n. 126. al 128. pag. 426. y 427.

Deposito haciendo algunos sugetos en otro, cómo serán graduados entre sí, ó concurriendo con acreedores de otras clases? lib. 3. cap. 3. n. 114. y 115. pag. 669. y 670.

Deposito, quál se llama regular: qué accion compete por él al dueño de lo depositado: qué obligacion tiene el depositario: y en qué penas incurre si falta á la confianza? ibi. n. 116. pag. 671.

Deposito, quál se llama irregular, ó impropio; y por él, á qué acreedores será, ó no preferido el dueño de lo depositado? ibi. n. 117. pag. dicha.

Deposito irregular haciendo alguno, y recibiendo usuras, ó intereses del depositario, si gozará, ó no del privilegio de prelacion, que por la accion de deposito le concede el derecho? ibi. n. 118. pag. 672.

Derechos. Derechos, y acciones, juros, y efectos libres se deben inventariar: lib. 1. cap. 1. n. 19. p. 25.

Derechos de inventario, y particion, de dónde se han de deducir, y cómo se han de satisfacer, ya llevase, ó no dote la muger, haya, ó no gananciales; y los herederos sean, ó no instituti-

tuídos igualmente? lib. 1. cap. 3. n. 76. al 80. p. 192. á la 194.
Derecho de usufructuar es personal, y no se comunica á los socios: lib. 1. cap. 4. n. 9. y 10. pag. 209. y 210.
Derecho de acrecer, si habrá lugar en el usufructo, al modo que en la propiedad, y con qué diferencia? lib. 1. cap. 7. n. 40. p. 415.
Derecho de acrecer, quándo habrá, ó no lugar en la legitima de los hijos, ya sean todos instituídos, ó alguno exheredado justa, ó injustamente? lib. 2. cap. 1. n. 18. al 20. pag. 16. y 17.
Derecho todos deben saberlo, excepto cinco clases de personas: lib. y cap. 2. n. 88. cerca del fin pag. 137.
Derecho de acrecer, si habrá, ó no lugar quando el padre mejora á dos, ó mas hijos en ultima voluntad, y el uno de ellos fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo dexa de llevarla, ya sean conjuntos en la cosa, ó en las palabras, ó en éstas, y en aquella juntamente? ibi. n. 104. y 105. pag. 147.
Derecho de acrecer ha lugar en la donacion causa mortis hecha por el padre, ó madre á sus hijos: ibi. n. 106. pag. 148.
Derecho de acrecer, si habrá, ó no lugar en la mejora revocable, ó irrevocable hecha por el padre á sus hijos en contrato entre vivos con entrega de la escritura, ó posesion de los bienes; y cómo se dividirá la parte vacante que recayó en el padre por muerte de alguno de los mejorados? ibi. n. 107. al 110. pag. 148. á la 151.
Derecho de acrecer ha lugar en la donacion hecha por el Principe á dos, ó mas conjuntos: ibi. n. 111. pag. 151. dicha.
Derechos, deudas, y acciones se incluyen en el nombre generico de bienes, aunque constituyen tercera especie: lib. 2. cap. 3. n. 39. pag. 208.
Derecho de acrecer ha lugar en los legados, y fideycomisos particulares; ya el legado de cosa integra se haga á dos, ó mas personas juntamente en una clausula, ó en diversas: lib. 2. cap. 6. n. 114. pag. 423.
Derecho de acrecer no ha lugar entre los conjuntos quando el uno es admitido al legado por derecho es-

pe-

pecial: ibi. n. 115. p. 424.
Derecho de acrecer ha lugar entre los deudores mancomunados en quanto á la liberacion de su debito: ibi. n. 116. pag. dicha.
Derecho de acrecer en quanto á la propiedad de lo legado no ha lugar quando no hay conjuncion; ó aunque la haya, es legal solamente: ibi. n. 117. y 118. pag. 425.
Derecho de acrecer, en qué otros casos no habrá lugar? ibi. n. 119. pag. 426.
Derecho de acrecer, si se verificará en las herencias universales; y la parte que uno de los instituídos repudia, pasará, ó no al conjunto con la carga impuesta por el testador? ibi. n. 120. pag. dicha.
Derecho de acrecer, si habrá, ó no lugar en los legados particulares, y la parte del repudiado pasará, ó no con el gravamen al conjunto, ó substituto; ó bolverá á los herederos del testador? ibi. n. 121. al 123. pag. 426. y 427.
Derecho de acrecer compete al comprador de la parte del legado, y no al legatario vendedor de ella, quando el colegatario repudia la suya: ibi. n. 124. pag. 428.
Derecho de acrecer, á quién competirá quando concurren á heredar abintestato al difunto un hermano suyo vivo, y sobrinos hijos de otro hermano muerto, y el hermano vivo repudia su parte teniendo hijos? lib. 2. cap. 7 n. 53. p. 431.
Derecho, en quántas partes divide la herencia? lib. 2. cap. 8. n. 5. pag. 500.
Derecho de acrecer, qué es? ibi. n. 57. pag. 526.
Derecho de no decrecer, qué es? ibi. n. 58. pag. 527.
Derecho de acrecer, y no decrecer, en qué se diferencia? ibi. n. 59. p. 528.
Derecho de acrecer, por qué razones se introdujo? ibi. n. 60. pag. dicha.
Derecho de acrecer, si pasará, ó no á los herederos? ibi. n. 97. pag. 548. y 549.
Derechos, si son tales que se quitan por la eleccion, se pueden proponer subsidiaria, y condicionalmente en un libelo dos remedios contrarios: lib. 3. cap. 1. n. 70. pag. 53.
Derechos, quién debe pagarlos al Juez acompañado? ibi. n. 424. pag. 248.

De-

Derechos de assesoría, quién debe satisfacerlos? ibi. n. 433. pag. 253.
Derechos, quién debe pagarlos al Relator recusado? ibi. n. 444. pag. 259.
Derechos del Escribano acompañado, quién debe desembolsarlos? ibi. numer. 448. pag. 261.
Derechos, y acciones de mero derecho constituyen tercera especie de bienes, y pueden ser executados: lib. 3. cap. 2. n. 88. p. 405.
Derechos perpetuos que pueden constituir hipoteca, se estiman por bienes raices: ibi. n. 89. pag. dicha.
Derecho de patronato, si podrá, ó no ser executado? ibi. n. 97. pag. 408.
Derecho de usufructuar no puede ser executado: ibi. n. 98. pag. 409.
Derecho que alguno tiene á que otro le alimente, si podrá, ó no ser executado? ibi. n. 105. pag. 412.
Derecho de pedir executivamente la deuda, por quántos años prescribe? ibi. n. 210. al 212. y n. 214. pag. 476. 477. y 479.
Derecho de pedir executivamente los reditos de censo, ó pensiones annas, por quánto tiempo prescribe? ibi. n. 215. pag. 479.
Derecho de pedir executivamente la deuda que consta en vale, ó papel simple, por quántos años prescribe; y desde quándo se han de contar, si desde su fecha, ó desde su judicial reconocimiento? ibi. num. 216. al 219. p. 480. y 481.
Derecho de pedir sus debitos los Abogados, Procuradores, Agentes, Boticarios, Joyeros, Especieros, Criados de servicio, y otras personas, por quánto tiempo prescribe? ibi. n. 222. pag. 483.
Descendiente. Descendiente, si no quiere aceptar la herencia de su padre, y maliciosamente compra en cabeza de otro los bienes de ella, ó substrae algunos, en qué pena incurre? lib. y cap. 1. n. 66. p. 58.
Descendientes pueden disponer del tercio de sus bienes en perjuicio de sus legitimos ascendientes, aunque se deba á su viuda la quarta marital: lib. 2. cap. 2. n. 5. pag. 80.
Descendientes no solo pueden disponer del tercio de sus bienes, sino gravarlo, y condicionarlo, ya lo dexen á otro ascendiente, ó

á extraño : lib. 2. cap. 4. n. 10. al 12. p. 317. y 318.
Descendiente , si podrá , ó no consignar el tercio dexandolo á estraño, al modo que quando lo dexa á uno de sus ascendientes ? ibi. n. 19. y 20. pag. 323.
Descendiente que está baxo de la patria potestad , si podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad , y usufructo en perjuicio de sus ascendientes? ibi. n. 21. y 22. pag. dicha, y 324.
Despojado. Despojado, quándo deberá ser , ó no restituído á la posesion de la finca , de que se le despojó ? lib. 3. cap. 1. n. 249. y 250. pag. 142.
Despojado , dentro de qué termino puede intentar la restitucion de lo que se le quitó? ibi. n. 251. p. 143.
Despojado , contra qué personas puede usar de la accion de despojo ; y por qué cosas se le permite intentarla ? ibi. n. 252. al 255. pag. 143. y 144.
Despojado, contra qué personas no puede intentarla? ibi. n. 256. pag. 145.
Despojados , siendo ciertos sugetos , si podrán , ó no intentar la accion de despojo ? ibi. n. 257. y 258. pag. dicha.
Despojado que intenta contra el despojador el posesorio *recuperandæ* , si estará obligado , ó no á responder á su reconvencion sobre despojo de la misma alhaja , ó de otra , sin hacer la restitucion ? ibi. n. 259. pag. 146.
Despojado que demanda al tercero que posee con buena fé una finca , está obligado á responder á su reconvencion por el mismo posesorio sobre otro igual despojo , sin que el tercero esté obligado á restituirle la que pretende : ibi. n. 260. pag. dicha.
Despojado que intenta el posesorio *recuperandæ* , debe ser restituído antes que se admita la reconvencion del despojador por el *adipiscendæ* , ó por el petitorio sobre la misma alhaja, aunque éste , ó un tercero digan que es suya : y aun quando sean menores , si confiesan que el despojado es señor de ella : ibi. numer. 261. y 262. pag. 147.
Despojado , si deberá , ó no responder á la reconvencion del despojador por el posesorio *retinendæ* sobre la

la misma alhaja? ibi. numero 263. pig. 148.

Despojado puede reconvenir por el posesorio *recuperandæ* al tercero, que por via de accion le pone la convencion por el *retinendæ*, diciendo que le perturba en la posesion de la alhaja: ibi. n. 264. pag. dicha.

Despojado reconvinendo sobre el violento despojo de una alhaja al actor, que por accion Real, ó personal intenta el petitorio, si deberá, ó no ser restituído antes de contestar la convencion: ó ambas causas se seguirán á un tiempo? ibi: n. 265. pag. 149.

Despojado litigando sobre el posesorio *recuperandæ*, si deberá, ó no ser restituído quando el actor intenta el *petitorio*, y por éste pretende un tercero la alhaja sobre que los dos contienden? ibi. n. 266. pag. dicha.

Deudas. Deuda del mismo heredero, y las demás que el testador tenia á su favor, ó contra sí, se deben inventariar: lib. y cap. 1. n. 2. pag. 25.

Deudas de la herencia debe pagar el heredero: ibi. n. 43. pag. 40.

Deudas, y legados hechos por el testador, en qué casos estará, ó no obligado á pagarlos su heredero? ibi. n. 44. y 45. pag. 41. á la 44.

Deudas contra la herencia, cómo se han de dividir: y en qué especie se han de aplicar al que se constituya pagador de ellas? lib. 1. cap. 2. n. 51. y 52. pag. 121. y 122.

Deudas contraídas durante el matrimonio se han de deducir del cumulo de caudal inventariado: lib. 1. cap. 3. n. 1. pag. 142.

Deudas adquiridas constante matrimonio, si igualan, ó exceden á los bienes comprados durante él, se han de baxar antes que se saquen los gananciales: ibi. n. 58. pag. 179.

Deudas del matrimonio, si consumieron el capital del marido, y gananciales, no se prorratearán entre éste, y su muger: ibi. num. 59. pag. 180.

Deudas del matrimonio, y capitales de ambos conyuges se han de deducir primero que se dividan las utilidades, aunque los bienes que llevaron, hayan perecido: ibi. n. 60. p. dicha.

Deudas adquiridas durante el matrimonio se han de baxar del caudal inventariado despues de los capitales de los conyuges: ibi. n. 66. pag. 184.

Deudas contraídas por marido, y muger in solidum, si ésta fuere demandada por su total, debe pagarlas en quanto alcancen los gananciales: ibi. num. 67. pag. 185.

Deudas que cada conyuge tenia antes de casarse, no deben baxarse del caudal comun, sino del privativo del que las contrajo: ibi. num. 68. pag. dicha.

Deudas que cada conyuge tenia antes de casarse, cómo se han de baxar para que el otro no sea perjudicado en su mitad de gananciales? ibi. n. 69. y 70. pag. 186.

Deuda que el testador declara en su testamento tener contra sí, de dónde se debe deducir, ya dexe herederos legitimos, ó extraños? ibi. n. 71. pag. 188.

Deudas del testador, y legados que hizo, si deberá pagarlas el usufructuario de todos sus bienes, ó de cosas determinadas, ya se constituya el usufructo en contrato entre vivos, ó en ultima voluntad? lib. 1. cap. 7. n. 9. al 11. p. 396. y 397.

Deudas del testador pagando á prorrata el hijo mejorado, puede repudiar su herencia, y aceptar la mejora que le hizo, lib. 2. cap. 2. num. 102. y 103. pag. 146.

Deudas, derechos, y acciones, aunque constituyen tercera clase de bienes, se comprenden en el nombre generico de ellos: lib. 2. cap. 3. n. 39. pag. 208.

Deudas que dexó el descendiente, deben deducirse antes que se saque el tercio que legó á alguno: lib. 2. cap. 4. num. 10. al fin. pag. 318.

Deudas del descendiente que dexó bienes raices troncales, y otros que no lo son, quién debe pagarlas, y quándo? ibi. n. 31. p. 330.

Deudas que el testador tiene á su favor, si podrá, ó no remitirlas; quándo perjudicará, ó no á sus herederos la confesion que de ellas hizo; y quáles se entienden remitidas, ya sea hecha la remision en contrato, ó en ultima voluntad? lib. 2. cap. 6. n. 56. al

al 58. pag. 393. á la 395.
Deudas necesarias, y voluntarias, quándo se compensarán, ó no con el legado que el deudor hace á su acreedor? ibi. n. 137. al 139 pag. 436. y 437.
Deudas que se deben al superstite se compensarán con el legado que le haga el testador, sin distincion de genero, especie, ni cantidad, excepto en un caso: ibi. num. 141. al fin. pag. 439.
Deudas teniendo el que murió intestado, si dexó medios hermanos uterinos, y consanguineos, cómo las han de pagar? lib. 2. capit. 7. n. 60. al fin. p. 484.
Deudor. Deudor, reo, demandado, ó culpado, quál se llama? lib. 3. cap. 1. n. 7. pag. 26.
Deudor siendo el excomulgado vitando, puede comparecer en juicio: ibi. numero 14. pag. 29.
Deudor debe ser demandado ante el Juez de su domicilio: ibi. n. 34. pag. 37.
Deudor, en qué casos podrá ser demandado ante Juez que no es de su domicilio? ibi: n. 37. pag. 38.
Deudor, sobre qué causas puede ser demandado en la Corte, Chancillerías, y Audiencias por caso de Corte? ibi: num. 38. y 39. pag. 40. y 41.
Deudores, ó demandados no pueden ser sacados de su fuero por los Oidores en primera instancia dentro de las cinco leguas sino por caso de Corte: ibi. n. 44. pag. 43.
Deudor, reo, ó demandado, quándo estará obligado, á arraygar el juicio; y qué cosas son necesarias para que se le mande? ibi. numero 63. pag. 50.
Deudor, ó demandado, y todas las peronas, de cuyo interés se trata principal, ó secundariamente, si deberán, ó no ser citadas al principio del pleito? ibi. n. 130. y 131. p. 81. y 82.
Deudor que goza de privilegio, si deberá, ó no comparecer ante el Juez que le mandó citar; á quién se ha de notificar la demanda quando no puede ser habido en su casa; y qué diligencias se han de practicar para que se estime citado? ibi. n. 132. y 133. pag. 82. y 83.
Deudor, ó demandado, y personas que han de ser citadas, si no tienen casa

en el Pueblo, ó son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin grave dificultad no pueden ser habidas, cómo se les ha de citar? ibi. n. 134. pag. 83.

Deudor, ó demandado si es menor, debe ser proveído de curador ad litem, y entenderse con éste la demanda, y diligencias del juicio: ibi. n. 135. pag. 84.

Deudor si está domiciliado en otra jurisdicion, cómo ha de ser citado, ó emplazado? ibi. n. 136. p. dicha.

Deudor si es vecino del Pueblo del juicio, no puede ser compelido á nombrar Procurador: ibi. num. 142. pag. 86.

Deudor, ó demandado siendo citado por diversos Jueces sobre una misma cosa, ante quál ha de comparecer? ibi. n. 143. p. 87.

Deudor siendo contumáz, y estando domiciliado en otra jurisdicion, qué despachos ha de librar el Juez de la causa para substanciarla con él; y si el requerido deberá, ó no cumplimentarlos? ibi. n. 160. al 164. pag. 94. y 95.

Deudor, ó demandado, qué debe mirar para responder á la demanda del actor? ibi. num. 174. pag. 99.

Deudor, qué excepciones puede poner contra la demanda del actor; y quántas clases hay de ellas? ibi. numer. 175. pag. dicha.

Deudor, ó demandado formando articulo de no contestar, y despreciandolo el Juez, si podrá, ó no pedir termino despues para contestar la demanda? ibi. num. 191. pag. 108.

Deudor, quándo debe proponer las excepciones que miran á la causa? ibi. numer. 197. y 198. p. 112.

Deudor no debe ser privado por la litis pendencia de la posesion de la cosa litigiosa, y percepcion de sus frutos: ibi. num. 200. al fin pag. 113.

Deudor que no está excomulgado, puede reconvenir al actor en el juicio en que éste le demanda: ibi. numer. 224. al fin pag. 127.

Deudor quando es demandado como tutor, ó apoderado, ó en nombre de otro, no puede reconvenir en aquel juicio por su propio, y privativo debito al demandante: ibi. num. 225. pag. 128.

Deudor lego puede reconvenir civilmente al Clerigo de-

demandante ante el mismo Juez secular: ibi. num. 231. pag. 131.

Deudor lego, en qué casos no puede reconvenir al Clerigo demandante ante el Juez secular? ibi. n. 232. pag. 132.

Deudor, y Juez, qué deben hacer, si el actor en vez de responder á la reconvencion se desentiende de ella, y concluye llanamente, ó especificamente sobre su demanda? ibi. num. 236. pag. 134.

Deudor ha de formar concurso ante su propio Juez: lib. 3. cap 3. n. 11. p. 607.

Deudor puede formar concurso en la Chancillería, ó Audiencia del distrito de su domicilio por caso de Corte: ibi. n. 19. p. 611.

Deudor, qué debe practicar para obtener moratoria en el Consejo por lo que debe á sus acreedores? ibi. numer. 150. pag. 688.

Deudor no está obligado á dar fianza á sus acreedores pendiente la moratoria, si al tiempo de su concesion no se la pidieron: ibi. numer. 158. pag. 694.

Deudor, qué debe practicar para no ser molestado por los acreedores que no accedieron á la concesion de espera? ibi. n. 159. p 695.

Deudor, si quiere hacer cesion de bienes, y sus acreedores concederle espera, quién será atendido? ibi. num. 161. pag. 696.

Sobre otras especies vease la palabra Executado.

D ante I.

Diezmo. Diezmo, tributo, gabela, pensiones, ó réditos de censo, si deberá pagarlos el usufructuario, ó el propietario? lib. 1. cap 7. n. 12. y 13. p. 398 y 399.

Diezmos, primicias, y tributos públicos, y reales, si constan por instrumento público que se deben, se pueden cobrar executivamente: lib. 3. cap. 2. n. 54. pag. 386.

Diezmos si no se pagan á la Iglesia, la compete tacita hipoteca para su cobro, y preferencia á otros acreedores: lib. 3. cap. 3. n. 47. y 68. pag. 628. y 638.

D ante O.

Dolo. Dolo cometiendo el tutor, si habrá, ó no lugar el juramento in litem contra sus herederos? lib. y cap.

cap. 1. n. 50. pag. 46.
Dolo, quál se llama verdadero, y quál presunto? ibi. n. 104. y 105. p. 82. y 83.
Dolo, ó culpa de uno de los socios no debe dañar á los consocios: lib. 1. cap. 4. n. 45. pag. 235.
Dolo no se admite por excepcion en la causa executiva sino en un caso: lib. 3. cap. 2. n. 243. pag. 493.
Dolo, de quántos modos se comete? ibi. n. 244. pag. dicha.
Dolo, contra quiénes se puede oponer? ibi. num. 245. pag. 494.
Dolo, á quién daña, ó no? ibi. n. 246. pag. dicha.
Dolo, si se podrá, ó no renunciar por pacto? ibi. n. 247. pag. 495.
Dolo cometiendo el comprador en la compra, debe restituir con frutos lo que compró: ibi. n. 314. pag. 530.
Donacion. Donacion remuneratoria hecha constante matrimonio á los conyuges, ó á alguno de ellos, si se comunicará, ó no á entrambos? lib. 1. cap. 4. numer. 19. y 20. pag. 215. y 216.
Donacion remuneratoria que el padre hace á su hijo constituído en su dominio; ó los conyuges entre sí; ó uno al otro; ó el Prelado Eclesiastico de los bienes de la Iglesia á quien la sirvió, si valdrá, ó no? ibi. n. 19. pag. 215. dicha.
Donacion que el Rey hace al marido en remuneracion de los servicios que hizo en la guerra, quándo se comunicará, ó no á su muger? ibi. num. 21. p. 217.
Donacion haciendo á la muger los parientes de su marido, ó á éste los de aquella, á quién tocará? ibi. num. 25. pag. 219.
Donacion pura entre marido, y muger en el matrimonio putativo no vale, ni se confirma con su muerte: ibi. num. 33. pag. 227.
Donacion propter nuptias ofreciendo el padre, y madre juntos, ó solo el padre á su hijo constante su matrimonio, de dónde se ha de sacar? ibi. n. 99. al 101. pag. 274. á la 276.
Donacion propter nuptias que el padre, ó la madre estando viudos hacen á su hijo, de dónde se ha de satisfacer? ibi. n. 106. pag. 278.
Donacion propter nuptias si el padre hace á su hijo, y

no

no hay gananciales en su matrimonio, de qué bienes se presume hecha ? ibi. num. 113. pag. 285.

Donacion haciendo marido, y muger á alguno de todos sus bienes, reservandose su usufructo, y muriendo uno de los donantes antes que el donatario, si tocará, ó no al superstite todo el usufructo de ellos, ó solamente la mitad ? lib. 1. cap. 7. n. 42. pag. 416.

Donaciones pequeñas haciendo el padre en vida, si se computará su importe en parte del quinto? lib. 2. cap. 1. num. 22. pag. 20.

Donacion de un quinto haciendo en vida el padre á un hijo, y legando otro en ultima disposicion á otro hijo, si valdrán, ó no ambos ? ibi. num 24. pag. 22.

Donacion de un quinto haciendo el padre en vida por contrato irrevocable á un hijo, y dexando otro en ultima disposicion á otro hijo, de quál de los dos se deducirán los gastos de su funeral, Misas, y legados ? ibi. n. 40. y 41. pag. 32. y 33.

Donacion del quinto, ó de cosa que deba imputarse en él, haciendo el padre en vida por contrato irrevocable á un hijo, ó estraño, de dónde se deben sacar los gastos funerarios, Misas, y legados, ya se le entregue, ó no el quinto, ó cosa donada, y haya procedido, ó no causa onerosa para ello ? ibi. n. 42. al 44. y 47. y 48. pag. 34. 35. 37. y 38.

Donacion, ó legado haciendo alguno de cierta cosa, qué se entiende que dona, ó lega ? lib. 2. cap. 2. n. 12. pag. 85.

Donacion de cosa, ó cantidad hecha simplemente á un hijo, ó descendiente, se entiende mejora si el testador no le manda colacionarla : ibi. n. 51. pag. 113.

Donacion hecha por los padres á un hijo no debe colacionarla por muerte de su abuelo á quien premurió su padre : lib. 2. cap. 3. num. 22. pag. 195.

Donacion hecha por los abuelos á sus nietos despues de la muerte de su padre, deben colacionarla : ibi. n. 23. pag. 196.

Donacion hecha por los abuelos á sus hijos, deben colacionarla sus nietos si llego a su poder : ibi. n. 24. pag. dicha.

Do-

Donacion propter nuptias, y dote que los abuelos dieron á sus hijos, y estos consumieron, si deberán, ó no colacionarlas los nietos? ibi. n.26. al 31. pag. 197. á la 202.

Donacion propter nuptias, y dote dada por los padres á sus hijas, deben colacionarlas aunque no sean requeridas por los coherederos, excepto en un caso: ibi. n.40. al 42. pag. 209.

Donaciones que además de la dote hicieron los padres á sus hijas deben colacionarlas: ibi. n. 44. pag. 210.

Donacion que por mera contemplacion de los padres hicieron á sus hijas otras personas, deben colacionarla: ibi. n. 45. pag. 211.

Donacion propter nuptias, y dote que algun estraño dió á la hija, ni otras dádivas, ó regalos que algun pariente, ó amo la hizo, ó salarios que ganó, no debe colacionarlas: ibi. n.47. pag. dicha.

Donaciones hechas por el padre á su hija religiosa además de la dote, si deberá, ó no colacionarlas? ibi. n. 50. y 51. pag. 213. y 214.

Donacion hecha por el padre á su hijo con titulo de patrimonio para ordenarse, si deberá, ó no colacionarla? ibi. n. 57. y 58. pag. 217. y 218.

Donacion hecha por el padre á su hijo al tiempo de emanciparle, no debe colacionarla, excepto en un caso: ibi. num. 68. p. 223.

Donacion que los padres hacen al hijo por sus meritos, si deberá, ó no colacionarla? ibi. n. 92. p.237.

Donaciones que el padre hizo á su hijo por causa necesaria, debe colacionarlas; pero no las simples, excepto en tres casos: ibi. n. 94. y 95. pag. 238. y 239.

Donaciones, quáles se llaman simples, y quáles causales? ibi. num. 96. y 97. p. 239. y 240.

Donacion hecha por el padre á su hijo, si se deberá conceptuar, ó no por mejora? ibi. n. 98. pag. 240. dicha.

Donacion siendo conceptuada por mejora, si se deberá imputar primero al hijo en quenta de ésta, ó de legitima? ibi. n.99. p.241.

Donaciones, quándo se llaman inoficiosas, y á qué tiempo se ha de atender para ver si lo son, ó no? ibi. num. 119. y 120. pag. 253.

253. y 254.
Donacion que el padre hace simplemente, y entrega á un hijo en vida, si deberá, ó no cumularse con los bienes que dexa quando mejora expresamente en ultima disposicion á otro hijo? ibi. n. 148. al 162. p. 279. á la 296.
Donacion propter nuptias, ú otra conferible que el padre hace, y entrega en vida á un hijo unico mejorado, si se deberá, ó no cumular á los bienes que dexa por su muerte, para deducir la mejora? ibi. n. 163. al 166. pag. 197. á la 300.
Donacion haciendo el deudor á su acreedor, si se entenderá hecha con ánimo de compensarla con lo que le debe? lib. 2. cap. 6. n. 136. pag. 135.
Dote. Dote legitima, y numerada de la muger debe bajarse ante todas cosas del cuerpo del caudal inventariado; excepto que su marido se la haya debuelto en vida: lib. 1. c. 3. n. 4. y 5. pag. 144.
Dote consistente en dinero, ó en bienes valuados con estimacion que cause venta, si deberán, ó no restituirla el marido, ó sus herederos en otros equivalentes, ó en dinero? ibi. n. 6. 7. y 8. pag. 145. á la 147.
Dote, si consiste en bienes valuados con estimacion que no causó venta, cómo se ha de restituir? ibi. numer. 10. pag. 148.
Dote, si consiste en ganados, ó en otras especies, á quién pertenece su incremento, ó decremento? ibi. n. 11. pag. dicha.
Dote de bienes consistentes en numero, peso, ó medida, y entregados sin aprecio al marido, cómo deberá restituirla? ibi. n. 12. y 13. pag. 149. y 150.
Dote consistente en ganados no productivos, ó en bienes que no se pesan, miden, ni cuentan, si se entrega sin aprecio al marido, á quién pertenece su aumento, ó pérdida, ya haya, ó no gananciales? ibi. num. 14. pag. 150.
Y consistiendo en ganados productivos no apreciados, qué debe hacer el marido, ya tengan, ó no hijos, y haya, ó no gananciales en el matrimonio? ibi. n. 15. y 16. pag. 151.
Dote, si se deberá, ó no baxar del cuerpo de caudal, quando el marido no la con-

convirtió en los fines para que se le entregó, sino en pagar sus deudas, ú otros diversos? ibi. n.20. p.153.

Dote consistiendo en el todo, ó parte en deudas, y no cobrandose constante matrimonio, si será, ó no de cuenta del marido, ó de su muger su pérdida? ibi. num.21. al 23. pag.155.

Dote consistente en deudas, si se disminuirá, ó no con los gastos hechos por el marido en su exaccion, y cobranza? ibi. n. 24.y 25. pag. 156. y 157.

Dote consistiendo en dinero, y empleandolo el marido en alguna finca, si al modo que se le transfirió el dominio de aquel, se le transferirá el de ésta, ó á su muger; y por qué precio se ha de aplicar la finca? ibi. n. 26. al 28. p. 158. á la 160.

Dote numerada consistente en legado annuo, pension, renta vitalicia, ó empleo, cómo se ha de deducir? lib. 1. cap. 3. n. 29. p.160. y 161.

Dotes legitimas concurriendo dos, quál se ha de baxar primero, si el marido no tiene bienes para ambas? ibi. num. 30. p. 162. y lib.3. cap.3. n.95. p.658.

Y quál si hay gananciales, y la muger segunda los quiere, ó los renuncia; y el marido llevó quando se casó con ella bienes equivalentes á cubrir la primera, ó algunos mas, ó ningunos? ibi. n. 31. al 35. pag. 162. á la 167.

Dote confesada, si gozará, ó no de privilegio: á quién perjudica, ó no la confesion de su recepcion que el marido hace: y de dónde se debe deducir habiendo herederos legitimos, ó estraños? ibi. n. 36. al 38. pag.167. á la 169.

Dote goza de iguales privilegios en el matrimonio putativo que en el verdadero, habiendo buena fé: lib.1. cap.4. n.33. p.227.

Dote, arras, y gananciales pierde la muger casada que es adultera, ó se va á casa de hombre sospechoso, ó se pervierte de nuestra santa Religion: ibi. n. 53. pag. 239.

Dote ofrecida á la hija por su padre, y madre juntos, ó por su padre solo, de dónde se debe pagar? ibi. numer. 99. al 101. pag. 274. á la 276.

Dote ofrecida por el padre,

ó madre viudos á su hija, de dónde se la debe satisfacer? ibi. n.106. pag.278.
Dote prometiendo el padre á su hija, de qué bienes se presume prometersela, si no hay gananciales en su matrimonio? ibi. num.112. pag. 285.
Dote prometiendo á su hija el padre legitimo administrador de sus bienes, de los de ella, y de los suyos, de quáles se presume dotarla en el todo? ibi. numer. 114. pag. 286.
Dote cierta habiendo dado el padre á una hija, si despues casa otra, y la ofrece dote tambien cierta de sus bienes, y de los de la misma hija, en qué terminos se conceptúa dotada ésta? ibi. n. 115. p. dicha.
Dote está obligado el padre á dar á su hija natural: ibi. num.116. pag. 287.
Dote, ó donacion prometiendo el padre, y madrastra, ó la madre, y padrastro á su entenado, ó entenada, de qué bienes se presume hacer la promesa? ibi. numer. 119. p. 288.
Dote ofreciendo el hermano á su hermana que viven juntos con sus bienes proindiviso, de quáles se presume ofrecersela? ibi. n. 121. y 122. pag. 289.
Dote, dentro de qué termino debe restituirse á la muger por su marido, ó por sus herederos? lib.1. cap.6. n. 43. pag. 368.
Dote, quánta pueden los padres dar de sus rentas á sus hijas, y á qué tiempo se ha de mirar para que se estime por congrua, y no por inoficiosa? lib. y cap.2. n.91.p.139.y 140. y cap.3. n.119. y 120.p.253.y 254.
Dote, y donacion propter nuptias que las hijas recibieron de sus padres, deben colacionarlas por su muerte, aunque no sean requeridas por sus hermanos, excepto en un caso: lib. 2. cap. 3. n. 40. al 42. pag. 209.
Dote, donacion propter nuptias, y regalos que algun estraño, ó pariente hizo á la hija, ni los salarios que ganó, no debe colacionarlos: ibi. num.47 pag 211.
Dote, y bienes parafernales que la muger lleva á su matrimonio, si se deberán, ó no compensar con el legado que su marido la hizo? lib. 2. cap.6. n.125. al 129. pag. 428. á la 431.
Dote, quándo será, ó no pre-

ferida al Fisco? lib.3. cap. 3. n. 87. pag. 652.
Dote, á qué otros creditos preferirá? ibi. n. 88. al 91. pag. 652. á la 654.
Dotes concurriendo dos, quál obtendrá la prelacion? ibi. n. 95. pag. 658.
Dote de la muger segunda, si será, ó no preferida á la herencia que el padre hubo de un hijo, ò mas de la primera muerto intestado, y debió reservar á los hermanos de éste? ibi. n. 96. al 99. pag. 659. á la 661.
Dote de la muger segunda, si deberá ser, ó no pagada primero que los bienes extradotales, gananciales, y reservables de la primera? ibi. n. 100. pag. 663.
Dote, Iglesia, Fisco, menores, Comunidad, Republica, y Soldado ocupado en servicio del Rey, tienen prelacion en la cosa que se compró con el precio de la que les estaba obligada, y se subrogó en su lugar; mas no en el de ésta, si se vende despues: ibi. n. 142. pag. 683.

E

E. ante M.

Emphiteusi. Emphiteusi perpetuo cómo se ha de dividir? lib. 1. cap. 2. n. 66. al 68. pag. 131. y 132.
Emphiteusi, si caerá en comiso habiendo enagenado su parte uno de los herederos sin requerir al señor del dominio directo? ibi. num. 71. pag. 133.
Emphiteusi de *nominacion* siendo llamado uno de los hijos á su obtencion, debe colacionarlo: lib. 1. cap. 2. num. 73. pag. 134. y lib. 2. cap. 3. n. 102. al 105. y n. 110. p. 244. 245. y 248.
Emphiteusi de *nominacion* comprado por el abuelo, debe colacionar su nieto, al modo que su padre: dicho lib. 2. y cap. 3. num. 111. pag. 248.
Emphiteusi perpetuo si tiene alguna finca, debe colacionarla el hijo quando su padre se la donó en vida: ibi. num. 113. pag. 249.
Emphiteusi perpetuo teniendo alguna finca: si quando se tomó ésta con él fue con la obligacion de no poder-

se

se partir, ni dividir, cómo se ha de adjudicar? ibi. n. 114. pag. dicha.

E ante S.

Escribano. Escribano, si será, ó no preciso que asista al inventario? lib. y cap. 1. n. 16. p. 21. y 22.

Escribano no debe proceder en el inventario por inquisicion, ni apremio: ibi. n. 27. pag. 30.

Escribano que autoriza contrato de arras con renunciacion especifica de la ley del fuero que de ellas trata. en qué pena incurre? lib. 1. cap. 6. n. 5. p. 339.

Escribano que autoriza contrato en que el novio da en joyas, ó preseas, y vestidos á su novia mas de lo que importa la octava parte de la dote verdadera que con ella recibe, qué debe hacer? ibi. num. 29. pag. 355.

Escribano ante quien se pide la acumulacion de autos, debe estender el que provea el Juez sobre ella: lib. 3. cap. 1. n 205. p. 117.

Escribano, cómo debe portarse en el examen de las partes, y testigos? lib. 3. cap. 1. n. 317. al 320. pag. 181. á la 184.

Escribano, cómo ha de estender los dichos de los testigos? ibi. num. 324. pag. 186.

Escribano que afirma, ó niega haber hecho el instrumento, quándo deberá, ó no ser creído? ibi. n. 343. y 344. pag. 196. y 197.

Escribano, cómo ha de estender la informacion de abono de testigos muertos, ó ausentes? ibi. num. 379. pag. 218.

Escribano, cómo se ha de portar en la comprobacion, ó cotejo de instrumentos redarguidos de falsos civilmente? ibi. num. 382. pag. 220.

Escribano, si podrá, ó no ser recusado, y cómo; y quién debe pagar los derechos al acompañado? ibi. n. 445. al 448. pag. 259. á la 261.

Escribano, cómo ha de poner el testimonio de apelacion? ibi. n. 480. p. 280.

Escribano, en qué pena incurre por autorizar testamento, en que el testador dexa legado en su ultima enfermedad á su Iglesia, pariente, ó Convento? libro 3. cap. 2. n. 33. p. 371.

Escribano, qué debe prevenir,

nir, y preguntar al executado quando le haga la notificacion de estado de la execucion? ibi. n. 131. y 132. pag. 429.

Escribano que entiende en la execucion, de qué debe apercibir al executado quando le cite de remate; y cómo ha de estender la citacion? ibi. num. 165. al 167. pag. 452. y 453.

Escribano en el poder, ú otro instrumento que otorgue el tutor como tal, debe insertar el nombramiento, ó relacionarlo puntualmente, dando fé de haberlo visto, lib. 3. cap. 3. n. 22. cerca del fin, pag. 613.

Espera. Espera, ó moratoria, qué es; quién puede, ó no concederla al deudor; y si aprovechará, ó no á sus succesores, y fiadores? lib. 3. cap. 3. num. 148. y 149. pag. 687. y 688.

Espera para que aproveche al deudor, qué debe practicar? ibi. n. 150. p. 688.

Esperas, ó moratorias de gracia, y justicia, por qué Salas se conceden, y cómo deben concederse? ibi. num. 151. pag. 689.

Esperas si se conceden con calidad de que el deudor afiance, á satisfaccion de quién ha de afianzar? ibi. num. 152. pag. dicha.

Espera, ó moratoria concediendose, desde quándo empieza á correr el termino en ella prefinido, si en el decreto de concesion no se especifica? ibi. n. 153. pag. 690.

Espera, si podrán, ó no conceder por deudas reales el Consejo de hacienda, y Tribunal de la Contaduría mayor? ibi. n. 154. p. 691.

Espera de acreedores para que valga, qué circunstancias se requieren? ibi. numer. 155. pag. dicha.

Espera, por qué numero de acreedores ha de ser concedida, para que aproveche á su deudor? ibi. numer. 156. pag. 692.

Espera concedida al deudor, quándo no aprovechará á sus herederos? ibi. n. 160. pag. 695.

E ante V.

Eviccion. Eviccion compete al heredero á quien un tercero quitó en juicio alguna de las cosas que se le adjudicaron en la particion contra los coherederos, excepto que pacten lo contrario: lib. 2. cap. 9. n. 20.

al 22. p. 562. á la 564.
Eviccion há lugar en la division hecha por los hermanos; pero no, en la que hizo el padre entre sus hijos: ibi. n. 23. p. 564.
Eviccion no há lugar en la division hecha por los hermanos en tres casos: ibi. num. 24. al 28. pag. 564. á la 566.
Eviccion, en qué casos competirá, ó no al legatario contra los herederos por el legado que el testador le hizo, y se le quitó en juicio? ibi. num. 29. al 33. y n. 35. p. 566. á la 568.
Eviccion no há lugar en la cosa que el padre en el concepto de ser suya, ó de competirle á ella el derecho de prenda, ó tenerlo en esperanza, prelegó con titulo de mejora, ó fideicomiso á un hijo: ibi. numer. 34. y 35. pag. 568.

E ante X.

Excepciones. Excepcion, qué es, y quántas clases hay de ellas? lib. 3. cap. 1. numer. 175. pag. 99.
Excepciones, quáles se llaman *mere dilatorias*? ibi. num. 176. pag. 100.
Excepciones, quáles tienen su tendencia directa á la persona del Juez? ibi. numer. 177. pag. dicha.
Excepciones que impiden el progreso del pleito, ó son prejudiciales, ú otras, que admitiendose, anulan lo actuado, si deberán, ó no definirse al instante, ó reservarse para difinitiva? ibi. num. 190. pag. 107.
Excepciones que miran á la persona del actor, quáles son, y quándo debe legitimarla al principio del pleito? ibi. n. 192. al 196. pag. 108. á la 110.
Excepciones que miran á la causa, quáles son, y quándo debe proponerlas el reo? ibi. n. 197. y 198. p. 112.
Excepciones mere peremptorias, quáles son, y quándo deben oponerse? ibi. num. 208. pag. 119.
Excepciones mixtas, ó anomalas, quáles son, y en qué tiempo se han de oponer, y determinar, ya consistan en hecho, ó en derecho? ibi. num. 209. al 211. pag. 119. y 120.
Excepciones emergentes, ò incidentes, quáles son, y quándo deben difinirse? ibi. num. 212. pag. 120.
Excepciones prejudiciales *de per se, y respective*, quáles

les son? ibi. n. 213. y 214. pag. 120. y 121.

Excepciones dilatorias, dentro de qué termino se deben oponer? ibi. n. 215. pag. 122.

Excepciones peremptorias, y prejudiciales, en qué termino se han de poner, y probar? ibi. n. 216. p. 123.

Excepcion nueva, si se deberá, ó no alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella en la instancia en que se puso alguna dentro del competente termino, ya sea mayor, ó menor el litigante? ibi. numer. 217. y 218. p. dicha.

Excepcion, en qué se diferencia de la reconvencion? ibi. n. 226. pag. 129.

Excepcion nueva no puede alegar en primera instancia el no privilegiado despues de hecha publicacion, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos, excepto sobre falsedad de algun instrumento producido en el juicio: ibi. num. 398. pag. 230.

Excepcion, y beneficio de no poder ser reconvenidas en mas de su posibilidad, ni presas por deuda civil, á qué personas compete? lib. 3. cap. 2. num. 160. a 162. pag. 449. y 450.

Excepcion que compete al executado contra la execucion, no necesita especificarla quando se opone á ella: ibi. n. 172. p. 456.

Excepciones que se oponen á la execucion, de quántas clases son? ibi. num. 173. pag. dicha.

Excepcion de paga, quándo, y cómo debe probarla el executado para que enerve la execucion? ibi. n. 174. y 175. pag. 457. y 458.

Excepcion de *pacto*, ó *promesa de no pedir la deuda*, quándo impedirá el curso de la via executiva? ibi. num. 176. pag. 458.

Excepcion de *falsedad*, quándo impedirá la execucion? ibi. num. 177. pag. dicha.

Excepcion de *usura*, quándo se ha de probar para que elida la execucion? ibi. numer. 178. pag. 459.

Excepcion de *fuerza*, ó *miedo*, si impedirá, ó no la execucion? ibi. num. 179. pag. dicha.

Excepcion de *compensacion*, si impedirá, ó no la execucion; de qué cosas se admitirá, ó no, y quiénes pueden, ó no oponerla? ibi.

ibi. num. 180. al 188. pagin. 459. á la 463.

Excepcion de transacion, quándo impedirá sentenciar la causa de remate? ibi. num. 189. pag. 463.

Excepcion de *novacion de contrato*, si impedirá, ó no el curso executivo; de quántas maneras es la novacion; en qué casos se hace, ó no; y quiénes no pueden novar contrato de otro? ibi. num. 190. al 198. pagin. 464. á la 470.

Excepcion de *nulidad*, si será, ó no obstativa de la execucion? ibi. num. 199. y 200. pag. 471.

Excepcion de *simulacion de contrato*, quándo enervará la execucion; de quántos modos se comete; y quién puede oponerla? ibi. num. 201. al 206. p. 472. á la 474.

Excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pidió la execucion, no contiene la causa de deber, si la obstará, ó no? ibi. numer. 207. y 208. pag. 474. y 475.

Excepcion de *prescripcion*, si impedirá, ó no el progreso executivo? ibi. numer. 209. al 224. p. 475. á la 484.

Excepcion de que el instrumento en virtud de que se pidió la execucion, no es *público*, ni authentico, ni el original; ó que está sacado sin citacion, impide su curso: ibi. num. 225. y 226. pag. 486.

Excepciones de no estár cumplido el plazo prefinido para hacer el pago, ni la condicion puesta en el instrumento, impiden el progreso executivo: ibi. numer. 227. y 228. p. 487.

Excepciones que tienen su tendencia contra la persona que intenta la execucion, la impiden: ibi. numer. 229. pag. 488.

Excepcion de *declinatoria de fuero* há lugar en la via executiva: ibi num. 230. pag. dicha.

Excepcion de estár pendiente *compromiso* impide la execucion: ibi. num. 231. pag. 488. dicha.

Excepcion de no estár comprehendida en el instrumento la cantidad, por que se pidió la execucion, la impide: ibi. n. 232. p. 489.

Excepcion de no ser el principal el instrumento otorgado entre las partes, es obstativa de la execucion: ibi. num. 233. p. 489.

Excepcion de que contiene juramento la obligacion que otorgó el lego, estando prohibido interponerlo en ella, es impeditiva de la execucion: ibi. n. 234. pag. dicha.

Excepciones que moderan la execucion, ó el instrumento, en cuya virtud se pide, si serán, ó no obstativas de ella? ibi. n. 235. y 236. pag. 490.

Excepcion de *reconvencion*, quándo impedirá, ó no la execucion? ibi. num. 237. pag. 491.

Excepcion de la *non numerata pecunia*, si será, ó no admisible en la via executiva, y quándo deberá oponerla, y probarla el executado? ibi. n. 238. y 239. pag. 491. y 492.

Excepcion que puede originarse de la misma via executiva, impide su curso: ibi. num. 240. pag. 492.

Excepciones que por derecho comun pueden oponerse, quándo impedirán la execucion? ibi. num. 241. pagin. dicha.

Excepcion que el reo podia oponer en la Provincia en que se celebró el contrato, impide la execucion: ibi. num. 242. p. 492. dicha.

Excepcion de *dolo*, si se admitirá, ó no en la via executiva; de quántos modos se comete; contra quién se puede oponer; á quién daña, ó no; y si podrá, ó no renunciarse por pacto? ibi. n. 243. al 247. p. 493. á la 495.

Excepcion de *lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio*, si se admitirá, ó no en la via executiva? ibi. num. 248. pag. 495.

Excepcion de *error de calculo*, ó numero, quándo se admitirá en la via executiva? ibi. n. 249. p. 495.

Excepcion de division de la deuda entre los mancomunados no debe admitirse en la via executiva: ibi. num. 250. pag. 496.

Excepcion de haberse refundido en uno de los mancomunados toda la utilidad del contrato, si se deberá, ó no admitir al correo á quien el acreedor executó? ibi. num. 251. pag. 496.

Excepcion de *restitucion in integrum* por lesion, ó menor edad, si se admitirá, ó no al menor en la via executiva; y quándo le bastará alegar, ó deberá tambien probar su menor edad, y que fue leso? ibi. nu-

num. 252. y 253. pag. 496. y 497.
Excepcion que despreció el Juez inferior, si deberá, ó no admitirla el Tribunal superior? ibi. num. 254. pag. 498.
Excepciones si intenta probarlas por testigos el executado, debe nombrarlos, y jurar que no procede de malicia: ibi. n. 264. p. 503.
Excepciones, quáles se oponen contra la sentencia, ó contra su execucion, ó contra la accion intentada? ibi. num. 270. al 272. pag. 506. y 507.
Excepciones, quáles podrán, ó no admitir los meros, ó mixtos executores? ibi. numer. 274. y 275. p. 509.
Excepciones que opone el tercero poseedor ante el Juez requerido, si podrá, ó no conocer de ellas, y definirlas? ibi. n. 276. y 277. pag. 510.
Excepcion, quál se admite á los terceros poseedores, si intentan eludir la execucion que instaura el Fisco? lib. 3. cap. 3. n. 80. p. 648.
Excepcion, quál se admite á los arrendadores de Rentas Reales, para enervar la execucion que pide el Fisco? ibi. n. 81. p. 649.
Excepcion de lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, si se podrá, ó no alegar en las ventas que se celebran contra la voluntad de los compradores, para pagar al Fisco? ibi. n. 86. p. 651.
Excomulgado. Excomulgado, si podrá, ó no comparecer en juicio, y ser Personero, Abogado, ó testigo? lib. 3. cap. 1. numer. 14. pag. 29.
Excomulgado no puede reconvenir al que le demanda: ibi. num. 224. al fin pag. 127.
Execucion. Execucion de la sentencia, á qué Juez corresponde; y siendo mueble, ó raiz la cosa litigiosa, ó dinero, dentro de qué termino la ha de mandar entregar á su dueño? lib. 3. cap. 1. num. 501. y 502. pag. 294.
Execucion, qué cosas la traen aparejada? lib. 3. cap. 2. num. 2. pag. 355.
Execucion trae aparejada la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: ibi. num. 3. pag 356.
Execucion, quándo la trae aparejada la sentencia de los Jueces compromisarios? ibi. n. 4. p. dicha.

Execucion, si la traerá, ó no aparejada la sentencia dada contra el Juez por las costas, salarios, y condenaciones que llevó? ibi. num. 7. pag. 358.

Execucion no trae aparejada el mero precepto de *solvendo*: ibi. num. 8. pag. dicha.

Execucion no trae aperejada la sentencia contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio: ibi. num. 9. pag. 359.

Execucion trae aparejada la executoria dada por Tribunal superior, confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior: ibi. num. 10. pag. dicha.

Execucion, quándo la traerá, ó no aparejada la confesion del deudor? ibi. n. 11. pag. dicha.

Execucion, si se deberá, ó no despachar contra el deudor que confiesa haber contraído la deuda; pero excepciona que el acreedor se la remitió, ó hizo pacto de no pedirsela? ibi. n. 12. pag. 360.

Execucion, por qué cantidad se deberá despachar contra el deudor que en su confesion se remite á algun instrumento, carta, ó papel? ibi. n. 13. pag. dicha.

Execucion no traen aparejada la confesion segunda que es contraria á la primera, ni la extrajudicial, ni la hecha en pedimento: ni la que de la deuda hace el testador en su ultima disposicion: ibi. n. 14. y 15. pag. 361.

Execucion, si traerá, ó no aparejada la confesion del menor que tiene, ó no curador? ibi. n. 16. pag. 362.

Execucion no traen aparejada las confesiones fictas, ni alternativas: ibi. num. 17. pag. dicha.

Execucion, si la traerá, ó no aparejada el juramento litis decisorio? ibi. num. 18. pag. 363.

Execucion, quándo la traerán, ó no aparejada los vales, ó papeles de obligacion? ibi. n. 19. p. dicha.

Execucion no se debe despachar contra el deudor que niega la deuda, y firma del vale, aunque lo reconozcan los testigos que lo firmaron, ó vieron firmar: ibi. num. 20. pag. 364.

Execucion, si se deberá, ó no despachar contra el deudor, que en el acto del reconocimiento del papel excepciona no habersele entre-

tregado la cantidad, ó cosa que se le pide ? ibi. numer. 21. y 22. pag. 365.
Execucion, si se deberá, ó no despachar contra el deudor que confiesa la firma del vale, y niega la deuda, quando el acreedor pide su reconocimiento dentro de los diez años de su fecha ? ibi. num. 23. pag. 366.
Execucion se puede despachar contra el deudor que reconoce puramente la Escritura privada; pero no perjudica su reconocimiento á los demás acreedores que tenga: ibi. num. 24. pag. 367.
Execucion no trae aparejada el reconocimiento, ó confesion extrajudicial, pero aprovecha para la via ordinaria: ibi. n. 27. p. 368.
Execucion, si se deberá, ó no despachar en virtud de instrumento público hecho ante Escribano, ó firmado por éste como persona privada; ó en virtud del traslado sacado sin citacion? ibi. num. 28. al 30. p. 368. á la 370.
Execucion trae aparejada el instrumento no solo en lo expreso, sino en lo tacito: ibi. n. 31. p. 370.
Execucion, si la traerá, ó no aparejada el testamento en quanto al legado, y fideicomiso que en él dexa el testador ? ibi. num. 32. y 33. pag. 371.
Execucion, si la traerá, ó no aparejada el instrumento en que alguno se obliga á hacer alguna cosa; y podrá, ó no ser compelido á practicarla ? ibi. num. 34. y 35. pag. 374. y 375.
Execucion no trae aparejada el instrumento que no hace fé, ni el condicional: ibi. num. 36. pag. 375.
Execucion no trae aparejada el instrumento de locacion, y conducion por la tacita reconducion, excepto que contenga cierta clausula: ibi. num. 37. pag. 376.
Execucion no trae aparejada el instrumento que se remite á otro, sin que conste de éste: ibi. n. 38. p. 377.
Execucion no trae aparejada la Escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de quanto importan: ni la de pagarlos por conducir en letra el dinero de un Pueblo á otro dentro de estos Reynos: ibi. n. 39. p. dicha.
Execucion no traen aparejada la obligacion de satisfacer

cer lo perdido en el juego: la de pagar los novios las mercaderías que les fian para casarse: ni las otorgadas por el hijo de familia, estudiante, y muger casada sin la respectiva licencia: ibi. n. 40. p. 379.

Execucion, si la traerá, ó no aparejada el instrumento público liquido, ó la liquidacion que consta por él, ó por confesion, y reconocimiento judicial de las partes? ibi. n. 41. pag. dicha.

Execucion se puede despachar por alimentos, ó intereses de dote retardada, sin ser necesario liquidarlos: ibi. n. 42. p. 380.

Execucion, si se pide en virtud de instrumento por lo liquido, é iliquido, por quál debe despacharse? ibi. n. 43. pag. dicha.

Execucion para que la traiga aparejada el instrumento que no está liquidado, qué circunstancias, ó cautelas ha de contener: y por qué medios puede liquidarse? ibi. n. 44. y 45. pag. 381.

Execucion no se debe despachar por la liquidacion hecha á presencia de las partes, y Escribano, sin que éstas la confiesen, ó se ratifiquen en ella judicialmente baxo de juramento: ibi. n. 46. pag. 382.

Execucion, si se deberá, ó no despachar por las quentas extrajudiciales: y si harán, ó no fé los libros de quenta que alguno tiene en su casa? ibi. n. 47. y 48. pag. 382. á la 384.

Execucion no se debe despachar contra el obligado á dar quentas antes que las dé: ibi n. 49. pag. 384

Execucion, qué privilegios, rescriptos, cedulas, y provisiones Reales la traen, ó no aparejada: y quáles son, ó no validos? ibi. n. 50. al 52. pag. 385. y 386.

Execucion traen aparejada los juros, situaciones, y libranzas dadas por el Rey, ó por sus Ministros contra sus tesoreros, cobradores, y arrendadores, si las reconocen: ibi. n. 53. p. 386.

Execucion se puede hacer para exigir los tributos públicos, y reales, y los diezmos, y primicias, si constan por instrumento público: ibi. n. 54. pag. dicha.

Execucion, quándo la traerán aparejada los pareceres conformes de los contadores? ibi. n. 55. p. 387.

Exe-

Execucion, quién puede pedirla? ibi. n. 56. pag. dicha.
Execucion pueden pedir el heredero del acreedor, el comprador de la herencia, el testamentario universal, y el legatario, y fideicomisario: ibi. n. 57. pag. 388.
Execucion puede pedir el fiador contra el principal obligado, y confideyusores: ibi. n. 58. y 59. p. 389.
Execucion puede pedir la muger disuelto el matrimonio por su dote, arras, y gananciales: ibi. n. 60. pag. dicha.
Execucion de cosa juzgada, si podrá pedir, ó no el Procurador para pleitos? ibi. n. 61. pag. 390.
Execucion, si podrá, ó no pedir el cesonario del acreedor? ibi. n. 62. pag. dicha.
Execucion, en qué bienes puede trabarse? ibi. n. 90. pag. 406.
Execucion, si se podrá, ó no hacer en la finca dada á emphiteusi? ibi. num. 91. pag. dicha.
Execucion, si se podrá, ó no trabar en la alhaja sujeta á servidumbre: en los frutos, y comodidad que compete al usufructuario: en los bienes adventicios, castrenses, y quasi castrenses del hijo que está en la patria potestad: y en su usufructo? ibi. n. 92. p. 406.
Execucion puede hacerse en los oficios públicos renunciables: ibi. n. 93. p. 407.
Execucion se puede trabar en la jurisdicion libre: ibi. n. 94. pag. dicha.
Execucion, quándo se puede trabar en los bienes dotales de la muger, y en sus frutos por la deuda que contrajo antes de casarse? ibi. n. 95. pag. 407.
Execucion, quándo se podrá, ó no trabar en los frutos dotales de la muger casada por el debito de su marido? ibi. n. 96. pag. 408.
Execucion no debe hacerse en las cosas sagradas, y religiosas: en las puestas en los edificios públicos para su adorno: en las servidumbres reales: ni en el derecho de usufructuar: ibi. n. 97. pag. 408. y 409.
Execucion no debe trabarse sino por debitos reales en la casa, morada, armas, caballos, y mulas en que andan los hijosdalgo: ibi. n. 99. pag. 409.
Execucion no debe hacerse en las armas, caballo, yeguas

guas de vientre, sus crias, y caballos de criadores; ni en los libros de Abogados, y estudiantes: ibi. n. 100. pag. 410.

Execucion no debe hacerse en el salario, ó estipendio del oficial público, soldado, togado, doctor que enseña públicamente alguna ciencia, ni en el del Clerigo: ibi. n. 101. pag. dicha.

Execucion no debe trabarse en los instrumentos con que los oficiales menestrales exercen sus oficios: ibi. n. 102. pag. 411.

Execucion no debe hacerse en el vestido, cama, y otras cosas indispensables al uso quotidiano de qualquiera persona: ibi. n. 103. pag. dicha.

Execucion, si se podrá, ó no trabar en los bienes de mayorazgo, ó sugetos á restitucion? ibi. n. 104. pag. dicha.

Execucion, si se podrá, ó no hacer en el derecho que uno tiene á que otro le alimente? ibi. n. 105. p. 412.

Execucion no debe hacerse en el trigo del Posito, en cuerpo muerto, ni en los bienes renunciados á favor del deudor, con la condicion de distribuirlos entre sus hijos: ibi. n. 106. pag. dicha.

Execucion no debe hacerse en los vestidos, y demás bienes de la muger por las deudas, y fianza de su marido: ibi. n. 107. pag. 413.

Execucion, en qué bienes no debe hacerse por las deudas del Concejo? ibi. num. 108. pag. dicha.

Execucion, si se podrá, ó no trabar en las naves extrangeras, bueyes, mulas, siervos, y aperos para cultivar la tierra? ibi. n. 109. pag. dicha.

Execucion para que se pueda despachar, qué circunstancias han de concurrir? ibi. n. 116. pag. 417.

Execucion, cómo la ha de despachar el Juez, y á quién ha de entregar el mandamiento executivo? ibi. n. 117. pag. 420.

Execucion para que no se anule por vicio en las diligencias, qué requisitos deben intervenir? ibi. n. 118. y 119. pag. 421.

Execucion, en qué bienes debe trabarse quando la obligacion es personal, ó hipotecaria general, ó especial? ibi. n. 119. y 120. pag. 421. y 422.

Execucion, si se podrá trabar en una cosa sola, ó en muchas: y en la diligencia de traba, qué clausula se ha de poner? ibi. n. 121. pag. 423.
Execucion, si se trabó en bienes que el deudor tenia en su poder, y no eran suyos, qué debe hacer su dueño? ibi. n. 122. pag. 424.
Execucion si se despacha contra el fiador, puede nombrar, y señalar bienes del deudor en que trabarla: ibi. n. 123. pag. 425.
Execucion trabandose en una, ó mas alhajas, si se podrá mejorar en otras: y qué protesta se ha de poner en la diligencia de traba? ibi. n. 124. pag. 425.
Execucion que se dirige contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, en qué bienes se ha de trabar, ó no? ibi. num. 125. pag. 426.
Execucion, si se traba en bienes del deudor, en quién se han de depositar? ibi. n. 126. al 128. pag. 426. y 427.
Execucion trabada que sea, se ha de notificar su estado al executado: ibi. num. 129. pag. 428.
Execucion, si la podrán intentar el acreedor privado, y el Fisco contra el deudor de su deudor, sin que les ceda sus acciones? lib. 3. cap. 3. n. 82. pag. 649.
Execucion, si la podrán, ó no intentar el Fisco, y acreedores privados contra el segundo conductor, como contra el primero? ibi. n. 84. pag. 650.
Executado. Executado puede ser no solo el que contrajo la deuda, sino su heredero: lib. 3. cap. 2. n. 63. y 64. pag. 391.
Executados, si deberán ser á prorrata, ó por el todo los herederos del deudor? ibi. n. 65. pag. 392.
Executado á prorrata puede ser el hijo mejorado en tercio, y quinto por las deudas de la herencia: ibi. n. 66. y 67. pag. dicha.
Executados pueden ser los herederos anomalos: ibi. n. 68. pag. 393.
Executado puede ser el poseedor de la cosa litigiosa: ibi. n. 69. pag. 394.
Executada puede ser la muger casada por las deudas que con su marido contrajo: ibi. n. 70. pag. dicha.
Executada puede ser la muger

ger casada en sus bienes dotales, si antes de casarse se despachó executoria contra ella: ibi. n. 71. pag. 394.

Executado puede ser el socio obligado por las deudas de su sociedad: ibi. n. 72. pag. 395.

Executado, quándo puede ser el deudor del principal deudor? ibi. n. 73. pag. dicha.

Executado, en qué casos podrá ser él fiador? ibi. n. 74. y 75. pag. 395. y 396.

Executados pueden ser los Propios del Concejo por sus deudas: ibi. n. 76. pag. 396.

Executados, si podrán, ó no ser el comprador de la herencia, y el donatario? ibi. n. 77. pag. dicha.

Executado, si podrá ser, ó no el usufructuario? ibi. n. 78. pag. 397.

Executado, quándo puede ser, ó no él tutor por las deudas de su menor? ibi. n. 79. pag. dicha.

Executados, si podrán ser, ó no los administradores, factores, y procuradores, que como tales se obligan por sus principales? ibi. n 80. pag. 398.

Executado, en qué casos podrá ser, ó no el tercero poseedor de los bienes obligados? ibi. n. 81. y 82. pag. dicha.

Executado, en qué pena incurre, si no paga dentro de setenta y dos horas la deuda porque se le executó? ibi. n. 130. pag. 428.

Executado debe dar fianza de saneamiento de los bienes executados, y en su defecto ser preso: ibi. numero 139. y 140. pag. 433. y 434.

Executados, quáles están, ó no obligados á dar fianza de saneamiento? ibi. n. 141. y 142. pag. 435.

Executado, si deberá, ó no ser preso, no afianzando de saneamiento, en caso que manifieste al Alguacil papeles de nobleza? ibi. n. 153. pag 445.

Executado, quándo debe ser citado de remate: y qué se debe practicar para citarle, ya se dexe, ó no ver, y exista dentro, ó fuera de la jurisdicion del Pueblo del juicio? ibi. n. 165. al 167. pag. 452. y 453.

Executados siendo los terceros poseedores de los bienes en que se trabó la execucion, si se les deberá citar, ó no de remate? ibi.

ibi. n. 168. pag. 454.
Executado si comparece en el juicio antes que se le cite de remate, es ocioso citarle: ibi. n. 169. p. dicha.
Executado, quándo deberá ser citado segunda vez? ibi. n. 170. p. 454. dicha.
Executado oponiendose á la execucion despues de pasado el termino de la citacion de remate, si deberá, ó no ser admitido? ibi. n. 171. pag. 455.
Executado no necesita expresar la excepcion que le compete contra la execucion quando se opone á ella: ibi. n. 172. pag. 456.
Executado, quánto termino tiene para probar sus excepciones: desde quíndo corre: y si en él se incluirán, ó no los dias festivos, y á su instancia se podrá, ó no prorrogar, y suspender? ibi. n. 255. al 259. pag. 498. á la 500. y n. 266. al 268. pag. 504. y 505.
Executado, por qué medios puede probar sus excepciones: y déntro de qué termino las ha de justificar? ibi. num. 262. y 263. pag. 502.
Executado si intenta probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar en dónde viven, y jurar que no procede de malicia: ibi. n. 264. pag. 503.
Executado puede pretender que el executante jure de calumnia, y posiciones, aunque esté pasado el termino encargado: ibi. num. 265. pag. dicha.
Executado, quándo deberá, ó no ser citado para la sentencia? ibi. n. 269. pag. 506.
Executado, quándo ha de ser absuelto, ó condenado? ibi. n. 278. y 279. p. 511.
Executado, si deberá, ó no ser condenado en la decima, y costas de la execucion, en caso de depositar dentro, ó fuera de las setenta y dos horas parte de la deuda, y de probar en los diez dias tener satisfecho el resto? ibi. n. 280. y 281. pag. 512.
Executado no debe pagar decima, ni otro derecho de execucion si deposita la deuda dentro de veinte y quatro horas siguientes al requerimiento, y hace saber el deposito al acreedor: ibi. n. 282. pag. 513.
Executado por accion personal, si no se opone á la execucion, ó aunque se

oponga, si en el termino legal no prueba las excepciones que alega, debe ser condenado en decima, y costas: ibi. n. 284. y 285. pag. 514. y 515.

Executado, si en virtud del requerimiento con el mandamiento de pago, no paga la deuda, decima, y costas, se deben tasar, y vender sus bienes: ibi. n. 295. pag. 520.

Executado, ó deudor, quándo queda obligado al saneamiento de los bienes que se le venden en pública subasta? ibi. n. 319. pag. 533.

Executado, ó deudor, en qué casos tendrá, ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta? ibi. n. 320. al 325. pag. 533. á la 536.

Executado debe pagar decima de la execucion, si hay costumbre de exigirla, quando la causa se sentencia de remate: ibi. n. 344. pag. 546.

Executado no ha de pagar decima en diez casos: ibi. n. 346. pag. 547.

Executado por deudas fiscales, ó de hermandad, no debe pagar decima: ibi. n. 347. pag. 549.

Executoria dada por Tribunal superior, confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior, trae aparejada execucion: lib. 3. cap. 2. n. 10. pag. 359.

F

F ante A.

Falsedad. Falsedad contra el instrumento para probarla el que la alega, qué termino le ha de conceder el Juez? lib. 3. cap. 1. n. 417. al fin, pag. 242.

Falsedad para que se admita por excepcion en la via executiva, quál ha de ser? lib. 3. cap. 2. n. 177. p. 458.

Fama. Fama de hombre, y entre los hombres, qué es? lib. 3. cap. 1. n. 360. p. 205.

Fama entre los hombres, de quántas maneras es? ibi. n. 361. pag. dicha.

Fama, qué prueba hace en causas civiles, y criminales, y en hechos antiguos? ibi. n. 362. y 363. pag. 206. y 207.

Fama para que pruebe, qué co-

cosas se requieren? ibi. n. 364. pag. 207.

Ferias. Ferias, ó dias feriados, quáles se llaman sagradas, rusticas, y repentinas: y si en ellas se podrá, ó no hacer juicio civil? lib. 3. cap. 1. n. 12. y 13. p. 29.

F ante I.

Fiador. Fiador puede pedir execucion contra el principal obligado, y confideyusores: lib. 3. cap. 2. numer. 58. y 59. pag. 389.

Fiador, en qué casos podrá ser executado? ibi. n. 74. y 75. pag. 395. y 396.

Fiador, si se despacha execucion contra él, puede señalar bienes del principal deudor en que se trabe: ibi. num. 123. pag 425.

Fiador de saneamiento, quién debe, ó no serlo; y á qué se ha de obligar? ibi. numer. 139. pag. 433.

Fiador no goza del beneficio de no ser reconvenido en mas de su posibilidad: ibi. num. 163. pag. 451.

Fiador que constituye las fianzas de las leyes de Toledo, y Madrid, á qué se ha de obligar en ellas? ibi. n. 284. al 290. pag. 514. á la 518.

Fiador de saneamiento, quándo deberá pagar por el principal: qué accion le compete contra él para reintegrarse de lo que satisfaga: y ante qué Juez ha de intentarla? ibi. numer. 306. pag. 526.

Fiador no debe comprar los bienes que se venden al que fió: ibi. n. 314. p. 526.

Fiador á quien se dieron *in solutum* los bienes del deudor por haber pagado por él, si deberá restituirselos, y á qualquiera acreedor hipotecario, satisfaciendole su desembolso? ibi. numer. 318. pag. 532.

Fiador que pagó por el deudor, será preferido con el lasto del acreedor á los que despues de constituída la fianza contraxeron con él: lib. 3. cap. 3. n. 127. p. 676.

Fianzas. Fianza debe dar el usufructuario para gozar el usufructo, y no puede remitirsela el testador si se lo dexa en ultima disposicion: lib. 1. cap. 7. n. 14. y 15. pag. 400.

Fianza de usufructo de bienes raíces, cómo debe constituirse: ibi. n. 16. p. 401.

Fianza de bienes semovientes, ya sean, ó no productivos, quál debe ser? ibi. num.

num. 18. pag. 402.
Fianza de los que se consumen con el propio uso, cómo debe darse? ibi. n. 21, pag. 404.
Fianza de restituir los que se deterioran con el uso, cómo debe constituirse? ibi. n. 22. al 24. p. 405. y 406.
Fianza, si estará, ó no obligado á darla al usufructuario pobre? ibi. num. 25. pag. 406.
Fianza, si podrá, ó no remitir el testador al usufructuario, dexandole el usufructo en contrato entre vivos? ibi. n. 26. p. 407.
Fianza referida, en qué casos no está obligado á darla el usufructuario? ibi. n. 28. pag. 408.
Fianza de restituir los bienes muebles reservables, debe dar la muger viuda, que teniendo hijos se buelve á casar: lib. 2. cap. 5. n. 4. al fin pag. 337.
Fianzas debe dar el pariente que pretende la herencia del ausente, para que se le entregue: lib. 3. cap. 1. numer. 172. pag. 98.
Fianzas que se piden, y deben dar en el juicio, quáles son, y se estiman por excepciones dilatorias? ibi. n. 196. pag. 110.
Fianza no se debe pedir al acreedor para despachar la execucion: lib. 3. cap 2. n. 117. pag. 420.
Fianza de saneamiento, quiénes deben, ó no darla? ibi. n. 139. al 156. pag. 433. á la 447.
Fianza de la ley de Toledo, quándo deben darla el acreedor solo: ó éste, y el executado tambien? ibi. n. 284. al 288. pag. 514. á la 516.
Fianza de la ley de Madrid, y no de Toledo, quándo debe darla el acreedor? ibi. n. 289. y 290. p. 517. y 518.
Fianzas expresadas siendo dadas por el executante, se han de executar las sentencias de remate sin embargo de apelacion, excepto en dos casos: ibi. n. 291. y 292. p. 518. y 519.
Fianza depositaria, ó de acreedor de mejor derecho, cómo se ha de estender, ya sea para executarse la sentencia que se confirme, ó revoque en vista: ó la que se executorie en revista: ó la que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada? lib. 3. cap. 3. num. 32. pag. 619.
Fianza mandando dar el Conse-

sejo al deudor á quien concede moratoria, si ha de ser á satisfaccion de su acreedor, ó del Juez que conoce de la causa? lib. 3. cap. 3. n. 152. pag. 689.

Fianza no está obligado á dar el deudor á sus acreedores pendiente la moratoria, si al tiempo de su concesion no se la pidieron: ibi. numer. 158. pag. 694.

Fisco. Fisco, si estará, ó no obligado á hacer inventario solemne; y á satisfacer mas que lo que importen los bienes en que succede? lib. y cap. 1. n. 51. y 52. pag. 47.

Fisco debe ser incluído en el juicio divisorio, quando en él recae la parte de herencia de uno de los herederos, por el delito que cometió: lib. 1. cap. 2. n. 17. pag. 102.

Fisco, quándo succederá en los bienes del que murió intestado? lib. 2. cap. 7. n. 62. al fin pag. 485.

Fisco, quándo deberá succeder, y no el conjunto instituído, en la parte repudiada por uno de los herederos, ó por otro motivo caduca? lib. 2. cap. 8. n. 85. pag. 541.

Fisco, Iglesia, y Republica lesos en la sentencia, ó contrato, quándo deben pedir la restitucion para que se les conceda, y quántas clases de bienes puede poseer el Rey? lib. 3. cap. 1. num. 497. pag. 291.

Fisco, Iglesia, y Republica si quieren restituirse por prescripcion, quándo deben pedir la restitucion: y qué cosas nunca prescriben? ibi. n. 498. p. 292.

Fisco puede pedir execucion contra los terceros poseedores de los bienes obligados: lib 3. cap. 2. num. 82. al fin pag. 398.

Fisco avoca á su privativo Juez todos los autos del concurso, y no debe seguir el fuero del concursante: lib 3. cap. 3. n. 20. p. 611.

Fisco tiene hipoteca tacita en los bienes de sus deudores por sus alcabalas, y demás tributos, y por ellos es preferido á todos los acreedores anteriores del deudor, aunque la tengan expresa: ibi. n. 48. y 70. pag. 624. y 630.

Fisco, de qué privilegio goza contra otros acreedores en los bienes de los que contratan con él, y en los de los cobradores, y administradores de su Real Ha-

Haber? ibi. n. 71. pag. 630.
Fisco, de qué privilegio goza en los bienes del Primipilo, y en los de su muger, hijos, y deudores, en competencia de otros acreedores? ibi. n. 72. pag. 640.
Fisco en los demás contratos si concurre con un acreedor privado, qué reglas se deben tener presentes para darles graduacion, ya haya duda, ó no en la anterioridad de hipoteca de ambos? ibi. n. 73. pag. 641.
Fisco, quándo será preferido á los acreedores anteriores de hipoteca expresa, en los frutos de los bienes obligados antes de contratar con él? ibi. num. 74. pag. 644.
Fisco, qué privilegio tendrá en los bienes del delinquente por la pena que se le aplica concurriendo con sus acreedores? ibi. n. 75. y 76. pag. 644 y 645.
Fisco, si será, ó no preferido á los acreedores del delinquente, á quien se confiscan sus bienes? ibi. n. 77. pag. 646.
Fisco, quándo será preferido á otros acreedores del deudor por los gastos utiles, y necesarios que hizo en su prision, y en buscar, y reparar sus bienes? ibi. n. 78. pag. 648.
Fisco por su contrato sin hipoteca será preferido al acreedor privado, sin embargo de que se haya entregado á éste la alhaja despues de celebrado el suyo: ibi. n. 79. p. dicha.
Fisco si por sus derechos sigue execucion, qué excepcion se admitirá á los terceros poseedores que intentan elidirla? ibi. n. 80. pag. dicha.
Fisco si instaura execucion contra los arrendadores de sus rentas, qué excepcion se admite á estos? ibi. n. 81. pag. 649.
Fisco, y otros acreedores privados, si podrán, ó no executar al deudor de su deudor sin cesion de acciones? ibi. n. 82. pag. dicha.
Fisco quando executa á sus deudores, en qué termino se han de dar los pregones: y en qué bienes se puede trabar la execucion? ibi. n. 83. pag. 650.
Fisco, y otros acreedores privados, si podrán, ó no executar por sus rentas al segundo conductor como al primero? ibi. n. 84. pag. dicha.

Fis-

Fisco, si será, ó no preferido à la dote? ibi. num. 87. pag. 652.
Fisco, Iglesia, menores, Comunidad, y Republica, no pueden vender al fiado; y asi tienen la prelacion de dominio en la cosa vendida, mientras no se les pague: ibi. n. 104. y 113. al fin pag. 665. y 669.
Fisco, Iglesia, dote, Republica, refeccionario, hipotecario, y el que procede por accion funeraria, si serán, ó no preferidos al acreedor por deposito irregular? ibi. n. 117. p. 671.
Fisco, Iglesia, Republica, Comunidad, dote, Soldado ocupado en el Real servicio, y menor, tienen prelacion, é hipoteca en la finca, que con el precio de la hipotecada se comprare, y subrogare; pero no en éste, si se bolviere á vender: ibi. n. 142. p. 683.

F ante R.

Frutos. Frutos civiles, y naturales de bienes libres, y vinculados del testador, se deben inventariar: lib. y cap. 1. n. 22. pag. 27.
Frutos que pudieron haber producido los bienes paraphernales, vendidos por el marido sin consentimiento de su muger, si se la deberán, ó no abonar desde su venta? lib. 1. cap. 3. n. 53. pag. 176.
Frutos de los bienes dotales pertenecen al marido: ibi. n. 55. pag. 178.
Frutos de los bienes paraphernales se comunican á entrambos conyuges: ibi. n. 56. y cap. 5. n. 39. p. 319.
Frutos del usufructo de alhaja que uno de los conyuges llevó al matrimonio, y durante éste se consolidó con ella, son comunes á entrambos: lib. 1. cap. 4. n. 8. y 10. pag. 209. y 210.
Frutos de la parte de herencia, ó legado que el testador dexó á uno de los conyuges, y se vencieron despues de su muerte, á quál tocan? ibi. num. 11. p. 211.
Frutos de los bienes pertenecientes á alguno de los conyuges, son comunicables á los hijos del matrimonio primero, aunque haya habido pleito sobre la pertenencia de los bienes, y concluidose durante el matrimonio segundo: ibi. n. 12. pag. 212.
Frutos, ó producto de los bienes casi castrenses del ma-

rido, se comunican á la muger como gananciales: ibi. num. 22. pag. 218.

Frutos, ó partos de las siervas de alguno de los conyuges, son comunicables á entrambos: ibi. num. 24. pag. dicha.

Frutos pendientes, y mejoras habiendo en las fincas dotales, y mandando el marido á sus herederos que las entreguen libremente á su muger, si tendrá, ó no derecho á todo? ibi. n. 79. y 80. pag. 258.

Frutos que durante la proindivision producen los bienes adventicios de los hijos existentes en la patria potestad, pertenecen integramente á su padre: ibi. num. 91. cerca del fin pagin. 269.

Frutos, de quántas clases son? lib. 1. cap. 5. n. 1. p. 294.

Frutos de la finca vendida por el testador cogidos, y separados del suelo al tiempo que falleció el vendedor, pertenecen á sus herederos, y no al comprador: ibi. n. 3. p. 295.

Frutos pendientes en el fundo al tiempo de la venta pertenecen al comprador, aunque muera el vendedor antes de entregarlo: ibi. num. 4. y 5. pag. dicha.

Frutos no pendientes en el fundo al tiempo que se trató su venta, si despues de perfeccionada por el consentimiento de los contrayentes, y constitucion del precio cierto nacieron antes de su tradicion, á quién pertenecen? ibi. n. 6. p. 296.

Frutos pendientes en el fundo vendido con el pacto de *retrovendendo*, y recobrado por el vendedor se han de prorratear: ibi. dicho num. 6. al fin.

Frutos, ó pensiones del emphiteusi de *nominacion* que por muerte del emphiteuta ha de bolver al señor del dominio directo, si el emphiteuta, ó los colonos los tenian cogidos, á quién pertenecen? ibi. num. 7. y 8. pag. 298. y 299.

Frutos de finca emphiteutica que el emphiteuta cultivó, ó arrendó, si estando pendientes, ó sembrados, murió, y el emphiteusi ha de bolver por su muerte al señor del directo dominio, á quién tocan? ibi. n. 9. pag. dicha.

Y á quién si hay alguno llamado, y el emphiteusi ha de bolver á él, ó al señor; ó el emphiteuta locó el fun-

fundo, recibió al instante del conductor las pensiones de todo el tiempo de la locacion, y murió pendientes los frutos, ó pensiones? ibi. num. 10. y 11. pag. 300.

Frutos pendientes en la alhaja emphiteutica al tiempo que el emphiteuta cometió delito por el qual ha de hacer retroceso al señor el emphiteusi, á quién pertenecen? ibi. n. 12. p. 301.

Frutos de bienes patrimoniales, y quasi patrimoniales de Clerigo, á quién tocan, y cómo se succede en ellos? ibi. n. 14. al fin. p. 302.

Frutos de bienes adquiridos *intuitu ecclesiæ*, si tocarán al succesor del beneficio, ó herederos del ultimo poseedor, ó se deberán prorratear entre los dos? ibi. num. 15. y 16. pag. 302. y 303.

Frutos de bienes de mayorazgo, cómo se han de dividir entre el succesor, y herederos del ultimo poseedor? ibi. n. 18. al 26. pag. 304. á la 309.

Frutos pendientes en las fincas de que su dueño funda mayorazgo, y labradas por sí, á quién corresponden si el fundador nada dispone acerca de ellos? ibi. n. 27. pag. 311.

Frutos pendientes en los bienes en que el mejorante consignó la mejora que vinculó en uno de sus descendientes, cómo se dividirán entre éstos, y el mejorado? ibi. n. 28. p. 311.

Y cómo, si antes de su recoleccion fallece con hijos el mejorado? ibi. n. 29. pag. 312.

Frutos no apareciendo en las tierras del mejorante que las dexó sembradas solamente, y nacieron despues de su muerte, á quién tocarán? ibi. n. 30. p. 313.

Frutos pendientes, ó mostrados en las tierras, viñas, olivares, ú otros arboles del mayorazgo, cómo se han de dividir entre los herederos del ultimo poseedor, y el succesor; y cómo se ha de contar el año, y qué deducciones se han de hacer? ibi. n. 31. al 33. pag. 314. y 315.

Frutos no apareciendo en las tierras vinculadas que labraba, y dexó sembradas, ó barbechadas el poseedor del mayorazgo, qué se debe hacer? ibi. n. 34. p. 316.

Frutos de los bienes de marido, y muger libres, vin-

culados, y de qualquiera clase que sean sin excepcion, se comunican con igualdad á entrambos, á menos que renuncien los gananciales: ibi. n. 38. y 39. pag. 319.

Frutos referidos, no solo se les comunican por mitad quando acabados de recoger muere alguno de los dos, sino los que al tiempo de su muerte están parecidos, y mostrados en los bienes comunes, ó en los libres propios del uno: ibi. n. 40. pag. 320.

Frutos siendo de arboles, viñas, ú olivos que no están mostrados al tiempo que el uno fallece, si la muger no renuncia los gananciales, á quién tocarán? ibi. num. 41. pag. 321.

Frutos de tierra sembrada, ó solamente barbechada, cómo se dividirán los que despues de la muerte de su dueño nazcan; ó quién los llevará? ibi. n. 42. y 43. pag. dicha, y sig.

Frutos de rebaños, ó animales productivos existentes en el vientre de sus madres, ó nacidos, á quién tocarán? ibi. num. 44. pag. 322.

Frutos pendientes de bienes dotales de la muger no estimados, si renunció los gananciales, ó se casó en Pueblo en que no los adquirió, y murió dentro del año de casada, cómo se han de dividir? ibi. n. 45. pag. 323.

Frutos pendientes de los bienes dotales expresados, cómo se dividirán quando la muger que renunció los gananciales, ó no adquirió derecho á ellos, y murió en el primer año de casada, instituyó á sus padres por herederos, y legó el tercio de sus bienes á su marido? ibi. n. 46. al 48. pag. 324. y 325.

Frutos percibidos por el esposo del predio de la esposa antes de casarse, aumentan la dote de ésta: ibi. n. 49. pag. 325. dicha.

Frutos pendientes de predio que el marido, ó su muger heredan constante matrimonio, á quién corresponden, ya estén proximos á su recoleccion, ó solamente mostrado? ibi. n. 50. y 51. pag. 326. y 327.

Frutos pendientes de bienes del mayorazgo que constante matrimonio recae en uno de los conyuges, cómo se han de dividir entre ellos, ya estén proximos á

su recoleccion, ó solamente mostrados? ibi. num. 53. pag. 328.
Frutos de bienes vinculados que poseían el marido, ó su muger, y por si labraban; si falleciere qualquiera de los dos dexandolos pendientes, cómo se dividirán entre ellos? ibi. num. 54. y 55. pag. 329. y 330.
Frutos de la dote no alcanzando para alimentar á la viuda que no quedó preñada, si los herederos de su marido deberán, ó no darla mas que su importe? lib. 1. cap. 6. n. 49. p. 373.
Frutos pendientes, si tocarán al heredero del legatario annuo? lib. 1. cap. 7. numer. 8. pag. 396.
Frutos naturales, y civiles pertenecen al usufructuario: ibi. num. 17. p. 401.
Frutos estando pendientes, y mostrados en los fundos, ó arboles al tiempo de la muerte del testador, quándo tocarán, ó no al usufructuario? ibi. num. 36. pag. 413.
Frutos estando cogidos, ó pendientes en los bienes raices al tiempo de fallecer el usufructuario que los usufructuaba, á quién pertenecen? ibi. n. 44. p. 418.
Frutos estando parte pendientes, y parte cogidos en los bienes raices que gozaba el usufructuario, quién los llevará? ibi. numer. 46. pag. 419.
Frutos de la herencia, si tocarán, ó no al usufructuario interin no la acepta el propietario? ibi. num. 49. y 50. pag. 421. y 422.
Frutos, quándo se dirán, ó no percibidos por el usufructuario, y poseedor de buena fé, y tocarán á cada uno? ibi. num. 51. y 52. pag. 423. y 424.
Frutos del fundo consignado por quinto al legatario, producidos durante la proindivision de la herencia, si los llevará, ó no en caso de satisfacer, ó no los gastos funerarios, Misas, y legados que dexó el testador? lib. 2. cap. 1. n. 50. pag. 40.
Frutos aunque el padre los perciba de los bienes de sus hijos, no puede hacerles en vida, y muerte mas que una mejora de tercio, y quinto: lib. 2. cap. 2. numer. 3. pag. 79.
Frutos de la mejora constituída en cosas ciertas, y señaladas por contrato entre vivos irrevocable; ó aun-

aunque sea revocablemente, sino se revocó, ya se haya entregado, ó no al mejorado su posesion verdadera, ó ficta, desde quándo tocan á éste? ibi. n. 112. pag. 153.

Frutos de la donacion de cosas ciertas hecha por causa onerosa con tercero, desde quándo tocan al donatario? ibi.

Frutos de la mejora inter vivos hecha de una parte, ó quota de bienes señalados por el mejorante, y no entregados al mejorado, desde quándo debe percibirlos éste, ó el donatario? ibi. num. 113. pag. 154.

Frutos de mejora no señalada en bienes algunos, ni por consiguiente entregados al mejorado, desde quándo le tocan? ibi. n. 114. pag. dicha.

Frutos de la donacion, ó mejora de quota inter vivos hecha á hijo emancipado mayor de veinte y cinco años, si se le entregó verdadera, ó fictamente, desde quándo debe percibirlos? ibi. n. 115. pag. dicha.

Frutos de la mejora hecha en cosa particular en ultima voluntad sin tradicion, ó con ella, desde quándo tocan al mejorado? ibi. numer. 116. pag. 155.

Frutos de la mejora de cierta parte, ó quota de bienes hecha en ultima voluntad con tradicion verdadera, ó ficta de ella, ó asignacion de la cosa en que se ha de pagar: ó sin tradicion, desde qué tiempo debe percibirlos el mejorado? ibi. n. 117. p. 156.

Frutos de bienes fructiferos, de la mejora hecha por contrato, ó ultima voluntad á un descendiente sin tradicion, ni consignacion: si se tarda algun tiempo en hacer la particion, desde quándo tocarán al mejorado? ibi. n. 118. y 119. pag. 157. á la 162.

Frutos de la mejora hecha en ultima voluntad á hijo, ó hija á quien su padre dió dote, ó hizo donacion propter nuptias en vida, si los llevará, ó no el mejorado, tardando la particion muchos años en hacerse? ibi. n. 120. pag. 163.

Frutos del tercio dexado al hijo, no por via de mejora, ó prelegado, sino de institucion, á quién corresponderán? ibi. n. 121. pag. dicha.

Frutos de herencia consistente en bienes raíces que estubo muchos años sin partir, si los llevará con igualdad á sus hermanos la hija dotada en vida por su padre en bienes muebles, y dinero, queriendo colacionar la dote? ibi. n. 122. pag. 164.

Frutos de mejora hecha en cosa cierta, ó del tercio, y quinto consignados en bienes determinados, y de los demás bienes productivos del testador, cómo se partirán entre el mejorado, y coherederos, estando mucho tiempo la herencia proindiviso? ibi. n. 123. pag. 165.

Frutos de mejora hecha á un hijo en cosa cierta, y de legitima de otro hijo señalada en otra, cómo se han de dividir entre los dos? ibi. n. 124. pag. dicha.

Frutos de mejora consignada en alhaja raíz, y de otros bienes fructiferos que dexa el mejorante, cómo se han de dividir entre el mejorado, y coherederos, en caso que el mejorado haya mandado que el exceso de la finca se aplique al mejorado en parte de legitima, y la particion estado mucho tiempo sin evaquarse? ibi. n. 125. y 126. p. 166. á la 168.

Frutos del tercio consignado en ciertos bienes para un hijo; y de otros bienes señalados á otro hijo por quenta de legitima, y los de otros bienes que dexó el testador, sin señalar á uno, ni otro, si estubieron proindiviso, cómo se dividirán unos, y otros entre ambos hijos? ibi. n. 127. pag. 168.

Frutos pendientes quando fallece el testador en los bienes en que consignó la mejora, cómo se han de dividir entre su viuda, y herederos legitimos, ó estraños? ibi. n. 128. al 130. p. 169. y 170.

Frutos de la finca en que se constituyó la mejora, ó donacion, si deberá, ó no restituirlos con aquella el mejorado, en caso que el titulo de ésta se reduzca á no titulo, ó se revoque solamente? ibi. n. 131. al 136. pag. 171. á la 173.

Frutos de bienes fructiferos que la madre llevó á su matrimonio, si su hija á quien el padre dió en dote bienes muebles, quedandose con los raices, podrá pe-

pedirlos por su muerte desde que la casó? ibi. n. 137. al 139. p.174. y 175.

Frutos de los bienes adventicios del hijo tocantes á su padre, si éste los tiene cogidos, y se los dona expresamente debe colacionarlos aquel: lib. 2. cap. 3. n. 60. pag. 219.

Frutos referidos si el padre los donó tacitamente al hijo, no está obligado éste á traerlos á colacion: ibi. n. 61. y 62. p. dicha, y 220.

Frutos de los bienes adventicios del hijo, no debe colacionarlos quando su padre antes de adquirir su usufructo, dice que no los quiere: ibi. n. 63. pag. 221.

Frutos de los bienes expresados que el padre percibió despues de casado su hijo, puede demandarlos éste despues de su muerte? ibi. n. 65. pag. 221. dicha.

Frutos, y renta de Capellanía, beneficio, ó Prebenda eclesiastica del hijo que su padre percibió, puede repetirlos aquel por muerte de éste, y exigirlos á los coherederos como deuda: ibi. n. 66. pag. 222.

Frutos de los bienes adventicios del hijo, percibidos por él despues de la tacita remision de su padre, son adventicios, los hace suyos, y no debe colacionarlos: ibi. n. 67. p. 223.

Frutos que la finca dotal produxo, ya estén, ó no consumidos, si deberá, ó no restituirlos la hija que la colaciona, ya acepte, ó repudie la herencia de su padre? lib. 2. y cap. 3. dichos, n. 131. al 133. pag. 262. á la 264.

Frutos, si deberá, ó no restituir el hijo de lo que en vida le donaron sus padres? ibi. n. 134. pag. 264. y 265.

Frutos que algun hijo dexa pendientes en sus bienes quando fallece, si tocarán, ó no á sus padres que se han buelto á casar? lib. 2. cap. 5. n. 10. pag. 341.

Frutos pendientes en la finca legada simplemente por el testador, á quién pertenecerán, ya teste entre herederos legitimos, ó estraños: y si se prorratearán, ó no? lib. 2. cap. 6. n. 142. al 144. pag. 439. á la 441.

Frutos que el legatario de usufructo dexa pendientes en la finca que usufructúa, á quién pertenecen? ibi. n. 145. pag. dicha.

Frutos pendientes dexando el testador en la finca, cuyo usu-

usufructo, y no su propiedad lega á alguno, si tocarán á éste, ó al heredero propietario? ibi. n.146. y 147. pag. 442.

Frutos de cosa especifica propia del testador, desde quándo pertenecen al legatario? ibi. n. 149. p.444.

Frutos de cosa genérica propia del testador, ó agena, desde quándo corresponden al legatario? ibi. n.150. pag. dicha.

Frutos de legado del quinto, ó de otra quota de bienes del testador, sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario: ó de cosa, de que no se le transfiere el dominio antes de la eleccion, y mora del heredero, ó del dia prefinido para su tradicion, ó cumplimiento de la condicion impuesta, desde quándo debe percibirlos el legatario? ibi. n.151. p.445.

Frutos del legado, desde quándo tocan al legatario quando no hay heredero instituído, ó aunque lo haya, sino quiere aceptar la herencia? ibi. num. 152. pag. 446.

Frutos percibidos de legado hecho en ultima disposicion, ó en donacion causa mortis que se entregó, y luego se revocó, si los hará suyos el legatario hasta su revocacion, ó muerte del testador: ó deberá restituirlos? ibi. n. 153. pag. dicha.

Frutos percibidos por los coherederos en virtud de la division nulamente hecha de los bienes que sin su culpa perecieron pendiente el pleito sobre validacion, ó invalidacion de dicha division, no deben colacionarlos: lib. 2. cap. 9. num. 19. pag. 561.

Frutos, intereses, y daños debe pretender el actor en su demanda: lib. 3. cap. 1. num. 62. pag. 50.

Frutos de la finca litigiosa no se deben quitar al demandado, por estár pleito pendiente sobre ella, hasta que sea vencido: ibi. n.200. fin. pag. 113.

F ante U.

Fuero. Fuero eclesiastico si goza uno de los herederos instituídos, ó mas, ante qué Juez se ha de hacer el inventario de los bienes del testador lego? lib. 1. cap. 1. n.6. pag. 11.

Fuero eclesiastico gozando

el testador, y su heredero, ante qué Juez se han de inventariar sus bienes? ibi. n. 7. y 8. p. 12. y 13.
Fuero, qué significados tiene? lib. 3. cap. 1. num. 35. pag. 37.
Fuero de quántas maneras es? ibi. num. 36. p. dicha.
Fuerza. Fuerza, y miedo para que elidan la execucion, quáles han de ser, y dentro de qué termino se han de probar? lib. 3. capit. 2. n. 179. pag. 459.

G

G ante A.

Gananciales. Gananciales, quáles se llaman en el matrimonio, y cómo se han de dividir entre marido, y muger? lib. 1. capit. 4. n. 1. pag. 205.
Gananciales se llaman los que adquieren en el matrimonio marido, y muger, ya vivan en un Pueblo, ó en diversos: ibi. num. 2. y 3. pag. 206.
Gananciales se conceptúan todos los bienes de los casados, excepto los que cada uno prueba ser suyos: ibi. n. 4. pag. 207.
Gananciales son no solo los que compran marido, y muger juntos durante el matrimonio, sino qualquiera de ellos, excepto en tres casos: ibi. num. 6. y 7. pag. 208.
Ganancial, si será, y se comunicará, ó no á la muger lo que su marido adquiere en la guerra, y la donacion que el Rey le hace por lo que le sirvió en ella, ó lo que ahorró de su sueldo fuera de campaña? ibi. num. 21. pag. 217.
Ganancial es lo que el marido adquiere con los oficios de Juez, Abogado, Escribano, y otros semejantes, y se comunica á la muger: ibi. n. 22. p. 218.
Gananciales que marido, y muger superlucran en su matrimonio putativo se les comunican como en el verdadero, si tienen buena fé: ibi. n. 33. pag. 227.
Gananciales, cómo se han de partir entre hijos de dos, ó mas matrimonios? ibi. num. 34. al 43. pag. 228. á la 233.

Gananciales pierde el conyuge que comete crimen á lesa Magestad, ú otro por el que debe perderlos: ibi. num. 44. y 45. pag. 234.
Gananciales no adquiere la muger casada mientras no vá á cohabitar con su marido: ibi. n. 46. p. 235.
Gananciales adquiridos por el esposo con el dinero dotal de la esposa antes de conducirla á su casa, sin haberla alimentado, si se la comunicarán, ó no? ibi. n. 47. y 48. pag. 236.
Gananciales adquiridos por el marido que sin causa justa echó á su muger de su casa, se la deben comunicar: ibi. n. 49. p. 237.
Gananciales adquiridos por la muger que sin causa legitima no quiere vivir con su marido, se comunican á éste: ibi. al fin.
Gananciales adquiridos respectivamente por marido, y muger separados con legitima dispensacion, no son comunicables entre los dos: ibi. n. 50. p. 238.
Gananciales adquiridos por el marido separado de su muger por causa grave, antes, y despues de la separacion, si se la comunicarán, ó no? ibi. n. 51. y 52. p. 238. y 239.
Gananciales, dote, y arras pierde la muger casada que es adultera, ó se vá á casa de hombre sospechoso, ó se pervierte de nuestra Santa Religion: ibi. n. 53.
Gananciales pierde la muger viuda que vive luxuriosamente, y debe restituirlos á los herederos de su marido: ibi. n. 54. p. 240.
Gananciales no percibirá la muger, ni pagará deudas si los renuncia: ibi. n. 55. al 60. p. 240. á la 243.
Gananciales, cómo se han d dividir quando ningun pacto intervino á cerca de su division? ibi. n. 61. p. 243.
Gananciales aceptando la muger, y renunciandolos luego porque advierte que no alcanzan para las deudas, si deberá, ó no satisfacerlas? ibi. n. 70. y 71. p. 250.
Gananciales adquiridos por el conyuge superstite con el caudal comun durante su proindivision, cómo se han de dividir ya tenga, ó no hijos, y se buelva, ó no á casar? ibi. num. 81. al 91. p. 259. á la 269.
Gananciales que marido, y muger multiplican mientras están casados, no están obligados á reservarlos á los hijos de sus anterio-

res matrimonios: lib. 2. capit. 5. n. 32. pag. 355.

Gananciales, arras, y usufructo de los bienes de su marido pierde la muger viuda que vive luxuriosamente: ibi. n. 37. p. 357.

Gananciales que tocan á la muger, si se compensarán, ó no con el legado que su marido la hizo? lib. 2. capit. 6. n. 31. p. 432. y 433.

Gastos. Gastos utiles, y necesarios hechos por uno de los herederos de su caudal en beneficio del comun, deben baxarse de éste: lib. 1. cap. 3. n. 81. pag. 194.

Gastos hechos por uno de los herederos en defender la herencia, ó en sacarla al que estaba apoderado de ella, si se los deberán, ó no abonar los coherederos? ibi. n. 83. y fin. pag. 195. y 196.

Gastos, ó mejoras haciendo el marido en las fincas dotales no estimadas, cómo se deducirán? lib. 1. cap. 4. num. 75. al 78. p. 254. á la 257.

Gastos del funeral, Misas, y entierro del testador que tiene descendientes legitimos, ó por no tenerlos, testa entre estraños, ó parientes, de dónde se deben deducir, ya alcance, ó no el quinto para cubrirlos? lib. 2. cap. 1. n. 31. al 34. pag. 27. á la 29.

Gastos funerarios, y Misas, de qué quinto se deducirán, quando el testador lega dos á dos hijos suyos? ibi. n. 35. y 36. p. 30.

Gastos funerarios, y Misas, quién debe pagarlos si el testador lega el usufructo del quinto á su muger, ó á otro estraño, y á sus legitimos descendientes la propiedad de él? ibi. num. 37. pag. 31.

Gastos funerarios, y Misas, de dónde se deben baxar quando el testador que no tiene herederos legitimos, instituye á sus hermanos, y lega el quinto á un hijo natural, ó espurio? ibi. num. 38.

Gastos funerarios, y Misas, de qué quinto se han de sacar quando el padre dona uno en vida por contrato irrevocable á un hijo, y lega otro en ultima disposicion á otro hijo? ibi. n. 40. y 41. pag. 32. y 33.

Gastos funerarios, y Misas, de dónde deben deducirse quando el padre dona en vida por contrato irrevocable, y entrega, ó no el quin-

quinto, ó cosa que deba imputarse en él, á un hijo, ó á estraño, ya preceda, ó no causa onerosa para ello? ibi. num. 42. al 44. y 47. al 48. p. 34. 35. 37. y 38.

Gastos hechos en la construccion de una Capilla erigida, y dotada por el padre que mejoró en el tercio, y quinto de sus bienes á uno de sus hijos, y la renta, y carga de Misas consignadas, de dónde se deben sacar, ya estén, ó no pagados? ibi. n. 49. p. 39.

Gastos que la madre hace en redimir á su hijo de captiverio, si se le imputarán en legitima, ó se entenderá mejorado en su importe? lib. 2. cap. 2. num. 31. pag. 97.

Gastos del funeral Misas, y entierro debe pagar el hijo mejorado en el tercio, quando su padre se lo mandó, y no dispuso del quinto: ibi. n. 54. p. 115.

Gastos del funeral Misas, y entierro, si se sacarán, ó no del tercio, quando un padre mejoró en él á un hijo, y á otro en el quinto, y mandó que aquel los satisfaciese, ó que para ellos diese á éste la mitad del tercio? ibi. n. 55. p. dicha.

Gastos hechos por el padre en el refresco, regalo al Cura que casó al hijo, y otros que por combite, y con titulo de honor, y celebridad de su boda, ó Misa nueva executó, no debe colacionarlos el hijo: lib. 2. cap. 3. n. 53. pag. 215.

Gastos hechos por el padre en sacar bula para que su hijo obtenga Obispado, Canonicato, ú otro beneficio, ó dignidad Eclesiastica, util, y fructifera, si deberá, ó no colacionarlos? ibi. num. 55. pag. 216.

Gastos expendidos por el padre poseedor de mayorazgo en obtener Breve Pontificio para sacar de los frutos de ciertas Iglesias alguna quota á fin de erigir beneficios, cuya presentacion ha de hacer el hijo á quien ha de pasar el mayorazgo, debe colacionarlos el mismo hijo: ibi. num. 56. pag. 217.

Gastos que el padre hizo con el hijo en el estudio, si deberá, ó no colacionarlos? ibi. num. 69. al 75. p. 224. á la 227.

Gastos hechos en la enseñanza, y disciplina se comprenden en los alimentos

que se deben, *irire naturæ*, *et sanguinis*; pero no quando éstos se deben *ex voluntate hominis*, excepto que el testador lo mande: ibi. dicho. n. 69.

Gastos haciendo el padre para que su hijo aprenda ciencias mayores, ó vaya á la guerra, quándo deberá colacionarlos éste? ibi. n. 76. pag. 228.

Gastos haciendo el padre en condecorar á su hijo con el grado de Doctor, ó Licenciado, si éste deberá, ó no colacionarlos? ibi. n. 82. pag. 232.

Gastos hechos por el padre, ó madre en redimir á su hijo de captiverio, no debe éste colacionarlos: ibi. n. 83. pag. dicha.

Gastos funerarios de la muger, de dónde se han de deducir quando su marido succede en la quarta marital? ibi. n. 178. cerca del fin, pag. 309.

Gastos, quáles se llaman, ó no funerarios? lib. 2. cap. 4. n. 13. y 14. pag. 319. y 320.

Gastos funerarios del descendiente, Misas, y legados que dexa teniendo ascendientes, si se deberán deducir del cuerpo de su caudal, ó del tercio que legue á otro? ibi. n. 15. al 18. p. 320. á la 322.

Gastos funerarios; los de la ultima enfermedad del difunto; los de su testamento, y su apertura, é inventario de sus bienes; y los de redimirle de captiverio, son preferidos á los demás creditos que tenga: lib. 3. cap. 3. n. 69. pag. 638.

G ante R.

Grados. Grados de parentesco respecto de la succesion, se han de computar segun la forma introducida por derecho civil, y no por el canonico: lib. 2. cap. 7. n. 37. pag. 473.

Grado de substitucion, si declarará otro grado, y la substitucion por la institucion precedente? lib. 2. cap. 8. n. 48. pag. 521.

H

H ante E.

HErederos. Heredero, ó inventariante que formalizaron el inventario, si podrán, ó no reclamar la declaracion en que el difunto afirmó dexaba ciertos bienes? lib. 1. cap. 1. n. 12. y 13. pag. 19.

Herederos deben ser citados para el inventario: ibi. n. 14. pag. 40.

Herederos contendiendo sobre si se han de inventariar, y dividir, ó no algunos bienes de la herencia, qué se ha de practicar? ibi. n. 30. al 32. pag. 31. á la 33.

Heredero, dentro de qué termino debe principiar, y concluir el inventario; y qué ha de hacer para que corra? ibi. num. 37. al 39. pag. 36. y sig.

Heredero, si podrá, ó no ser reconvenido dentro de los nueve dias de la muerte del testador, por los legados, y deudas que dexó? ibi. n. 40. pag. 38.

Heredero está obligado á pagar las deudas del difunto: ibi. n. 43. pag. 40.

Heredero, quándo tendrá, ó no obligacion de pagar las deudas, y legados de sus propios bienes, ó solamente en quanto alcancen los del difunto? ibi. n. 44. y 45. pag. 41. y sig.

Herederos, quáles se llaman *anomalos*, y si estarán obligados á satisfacer mas que el importe de los bienes en que succeden? ibi. n. 52. pag. 48.

Heredero, de quántos modos puede ser instituído; y si por la confeccion del inventario es visto haber aceptado, ó no la herencia? ibi. n. 61. al 65. pag. 53. á la 57. y lib. 2. cap. 1. n. 2. pag. 9.

Herederos estraños, si no quieren aceptar la herencia, y substraen algo de ella, á qué están obligados? lib. y cap. 1. dichos n. 66. p. 58.

Heredero afirmando que la tasacion es injusta, si el coheredero lo contradice, á quién se ha de creer? ibi. n. 88. pag. 72.

Heredero pobre impugnando la tasacion, si ninguno de los coherederos quiere pujar los bienes, ni se convie-

viene en que se apliquen por ella, qué se podrá hacer? ibi. n. 89. pag. 73.

Heredero, dando al contado por los bienes menor precio que el de su tasa, ó queriendo tomarlos por ésta en quenta de su haber, á quién será preferido? ibi. n. 90.

Heredero pujando algunas fanegas de la heredad que tiene muchas, unas de mejor calidad que otras, quándo se le admitirá, ó no la puja que haga? ibi. n. 91. y 92. pag. 74.

Herederos, quándo no deben reclamar la tasacion de los bienes de la herencia? ibi. n. 94. pag. 75.

Heredero, quándo puede reclamar la tasacion de la alhaja que se le adjudicó? ibi. n. 95. pag. 76.

Heredero que maliciosamente omite inventariar algunos bienes de su instituyente, si estará obligado, ó no á pagar á los acreedores sus creditos, y á los legatarios sus legados, y en qué pena incurrirá? ibi. n. 100. y 101. p. 80. y 81.

Heredero estraño, para que por dicha omision incurra en la pena legal, qué circunstancias deben concurrir? ibi. n. 102. pag. 81. dicha.

Heredero, quándo se eximirá de la pena de ocultacion, ó no incurrirá en ella? ibi. n. 106. 107. y 111. pag. 83. 84. y 86.

Heredero que despues de aceptada la herencia quita algunas cosas de ella, si competirá contra él á los coherederos la accion, *expilatæ hæreditatis*? ibi. n. 113. pag. 87.

Herederos presentes, si hacen la particion sin el ausente, ó quien le defienda, no debe valer en quanto á éste: lib. 1. cap. 2. n. 8. pag. 97.

Heredero presente quando se hace la particion, si no posee la parte que cupo al ausente al tiempo que viene, por haberla enagenado en baxo precio, y vale mas que quando la vendió, á qué estará obligado: y en caso de existir, y tenerla un tercero, si podrá pedirla á éste: y poseyendola los coherederos, si deberán restituirle los frutos, ó su estimacion? lib. 1. cap. 2. n. 9. al 12. pag. 97. á la 99.

Herederos queriendo todos el fundo, casa, ú otra cosa

sa de la herencia que tiene, ó no commoda division, cómo se ha de proceder en ésta? ibi. num. 61. pag. 128.

Herederos, cómo han de dividir el predio emphiteutico hereditario? ibi. n. 67. y 68. pag. 132.

Heredero, enagenando la parte que en el predio emphiteutico perpetuo le tocó, sin requerir al señor del dominio directo, si la quiere por el tanto, si caerá, ó no en comiso? ibi. n. 71. pag. 133.

Herederos deben pagar al coheredero los gastos utiles, y necesarios que hizo en la hacienda comun, y si para su pago los interpela, y no se lo hacen, deden satisfacerle los intereses justos desde la interpelacion: lib. 1. cap. 3. n. 81. y 82. pag. 194.

Herederos del poseedor de mayorazgo que hizo fortalezas, cercas, y mejoras en sus Ciudades, Villas, heredamientos, y edificios, á nada de su valor tienen derecho: lib. 1. y cap. 4. n. 72. pag. 251.

Heredero del socio difunto, á qué está obligado? lib. 1. cap. 4. n. 94. pag. 271.

Heredero del testador, si se conviene con el comprador en el modo, y forma de dividir los frutos, y pensiones de la finca que aquel quando murió tenia vendida, y no entregada á éste, se ha de observar su convenio: lib. 1. cap. 5. n. 2. pag. 295.

Herederos del marido, si deberán, ó no dar alimentos á su viuda que quedó preñada habiendo, ó no gananciales, y de dónde se deben deducir? lib. 1. cap. 6. n. 37. y 38. pag. 362. y 363.

Herederos del marido, si no habiendo quedado preñada su viuda, teniendo, ó no hijos en su compañia, y habiendo, ó no gananciales, deberán darla alimentos, y en caso de haberselos dado, deberá restituirlos, ó no? ibi. n. 40. al 42. pag. 366. y 367.

Herederos del marido, ó éste, dentro de qué termino deben restituir la dote á su viuda? ibi. n. 43. pag. 368.

No quedando preñada, y habiendo traído dote, si deberán, ó no alimentarla, y en qué casos, y qué obligacion tiene? ibi. n. 44. al 48.

48. pag. 368. á la 372.
No alcanzando los frutos de su dote para sus alimentos, ni quedando preñada, si deberán, ó no darla lo que falte? ibi. n. 49. pag. 373.
Herederos del marido, si deberán, ó no alimentar á su viuda habiendo gananciales, y no habiendo traído dote? ibi. n. 50. pag. 374.
Heredero á quien el testador mandó que afianzase al usufructuario, si pagare algo por éste, extinguido que sea el usufructo, no tendrá repeticion contra los coherederos: lib. 1. cap. 7. n. 27. pag. 407.
Herederos, de quántos modos pueden ser instituídos? lib. 2. cap. 1. n. 2. pag. 9.
Herederos instituídos, sin expresar quanto han de llevar de la herencia, ó con señalamiento de la porcion que han de percibir, qué llevarán, ya sean legitimos, ó estraños? ibi. n. 3. pag. 9.
Herederos legitimos, ó estraños, cómo partirán la herencia si no hay testamento, ó aunque lo haya, no prescribe el testador regla para partirla? ibi. n. 4. pag. 10.
Heredero legitimo, ó estraño puede vender el fundo, de cuyo usufructo legó anualmente el testador cierta parte á alguno, entregando á éste la cantidad anua correspondiente á su legado: lib. 2. cap. 2. n. 20. pag. 91.
Herederos de los descendientes legitimos son sus ascendientes en todos sus bienes, á falta de descendientes, ó de otros que hayan derecho de heredarles, excepto en el tercio: lib. 2. cap. 4. n. 1. 9. y 10. al 12. pag. 312. y 316. á la 318.
Heredero de los bienes troncales del descendiente, y el de los que no son troncales, deben pagar sus deudas á prorrata: ibi. n. 31. pag. 330.
Herederos, siendo instituídos simplemente con modo colectivo un hermano del testador, y los hijos de otro hermano muerto, ó un estraño, y los de otro estraño, sin especificar sus nombres, y estando, ó no nacidos los hijos al tiempo de la institucion: ó instituyendolos substitutivamente; si heredarán éstos *in capita*, ó *in stirpes*? lib. 2.

2. cap. 7. n. 67. al 69. pag. 489. y 490.
Herederos, siendo instituídos por sus propios nombres, un hermano del testador, y los hijos de otro hermano muerto, succederán todos *in capita*? ibi. n. 70. pag. 490.
Herederos siendo intituídos por el testador sus hermanos, si se entenderán serlo tambien los hijos de otro hermano muerto? ibi. n. 71. pag. 491.
Herederos, quáles se llaman estraños? lib. 2. cap. 8. n. 2. pag. 498.
Herederos siendo instituídos muchos, el uno simplemente por su propio nombre, y los demás baxo la coleccion de muchas personas que no descienden de él: ó añadiendo el testador á la institucion alguna palabra, por la qual se conoce quiso que heredasen uniformemente, cómo le herederán? ibi. n. 44. y 45. pag. 518. y 519.
Herederos, quáles se llaman conjuntos *in re*, *et verbis*, ú omnimodamente disyuntos? ibi. n. 78. al 82. pag. 537. á la 539.
Heredero del marido, si podrá, ó no fulminar causa criminal contra la muger de éste constante matrimonio? lib. 3. cap. 1. n. 28. pag. 34.
Heredero privilegiado, si deberá, ó no ser demandado en el fuero de su instituyente, ya esté concedido el privilegio á su misma persona, ó á algun Estado, ó cuerpo? ibi. n. 48. al 51. pag. 45. y 46.
Heredero, ante qué Juez ha de ser convenido por el contrato con pacto *de non alienando* que hizo su causante? ibi. n. 52. pag. 47.
Heredero del deudor puede ser executado, pero no compelido á reconocer el vale que éste hizo: lib. 3. cap. 2. n. 63. al 65. pag. 391. y 392.
Herederos de la muger casada, si tendrán, ó no hipoteca tacita, y prelacion en los bienes de su marido por la dote que llevó á su matrimonio? lib. 3. cap. 3. n. 54. pag. 631.
Herencia, qué es: de quántas maneras se puede aceptar, y qué circunstancias se requieren para su aceptacion? lib. y cap. 1. n. 62. y 63. pag. 54. y 55.
Herencia, qué es: qué circunstancias se requieren

para que se conceptúe aceptada: y si por la confeccion del inventario se conceptuará, ó no haberlo sido? ibi. n. 62. al 65. pag. 54. á la 57.

Herencia estando sin aceptar, si alguno substragere bienes de ella, en qué pena incurre? ibi. n. 114. p. 88.

Herencia que se ha de acrecer al conjunto, de quántas maneras se puede llamar defectuosa, ó caduca? lib. 2. cap. 8. n. 84. al 87. pag. 540. á la 542.

Herencia que está yacente, ó sin aceptar, en dónde debe ser reconvenida? lib. 3. cap. 1. n. 52. pag. 47.

Herencia estando sin aceptar, qué debe hacer para reconvenirla el que tiene accion contra ella? ibi. n. 168. pag. 97.

Hermano. Hermano que vive en compañia de su hermana con sus bienes proindiviso, si la dota sin expresar de qué bienes, de quáles se presume dotarla? lib. 1. cap. 4. n. 121. y 122. pag. 289.

Hermanos, qué nombres tienen en derecho? lib. 2. cap. 7. n. 47. pag. 478.

Hermano si fallece intestado, y dexa hermanos enteros, y ningun ascendiente, ni descendiente, le succederán con igualdad: ibi. n. 48. pag. 478. dicha.

Hermano, si dexa un hermano, ó mas enteros, y sobrinos hijos de otro hermano, ó hermanos, tambien enteros, cómo le succederán abintestato? ibi. n. 49. pag. 479.

Hermano, si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos, ó mas hermanos enteros premuertos, cómo succederán en sus bienes, ya los hijos de cada hermano sean muchos, ó pocos? ibi. n. 50. al 52. pag. 479. y 480.

Hermano del difunto, y sobrinos hijos de otro hermano suyo tambien muerto, concurriendo á la succesion de sus bienes, si el hermano vivo repudiare su parte, y tubiere hijos, á quién se acrecerá? ibi. n. 53. pag. 481.

Hermano tio del padre, ó madre del difunto, é hijos de un hermano suyo dexando el muerto, quáles concurrirán abintestato á la succesion de sus bienes? ibi. n. 54. p. 482.

Hermano tio de su padre, ó madre, y primos suyos, hi-

hijos de otro hermano de su padre, ó madre dexando el difunto intestado, quáles succederán en sus bienes? ibi. n. 55. p. dicha.

Hermano del padre, si fallece intestado, y concurren á heredarle sobrinos carnales hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo, ó abuela paterno, ó materno, será excluido éste, y heredarán los sobrinos: ibi. n. 56. pag. 482. dicha.

Hermanos medios, y enteros dexando el difunto que murió intestado, le succederán éstos por la doble conjuncion: dicho lib. 2. cap. 7. n. 57. pag. 483.

Hermanos medios por qualquier linea heredarán abintestato á su hermano, y no su tio, hermano de su padre, ó madre: ibi. n. 58. pag. dicha.

Hermano medio es excluido de la succesion de su medio hermano, en concurrencia de sobrinos hijos de hermano entero: ibi. n. 59. pag. 483. dicha.

Hermanos medios por ambas lineas, ó sobrinos hijos de ellos dexando el difunto, le succederán respectivamente en los bienes que por cada una poseía, y partirán igualmente los que adquirió por arte, oficio, ú otro titulo; pero en los nietos, y demás parientes no ha lugar esta distincion, y separacion de bienes: ibi. n. 60. y 61. pag. 484. y 485.

Hermanos, ó hijos suyos no dexando el difunto intestado, ni tampoco ascendientes, ni descendientes, cómo le succederán sus parientes, y hasta qué grado? ibi. n. 62. pag. 485. dicha.

Hermanos, descendientes, ascendientes, y parientes si heredan al que murió abintestato, qué deberán distribuir por su alma? ibi. n. 63. y 64. pag. 486. á la 488.

Hermanos siendo instituidos herederos generica, y simplemente por sus hermanos, si se entenderán llamados los medios, ó solamente los enteros? ibi. n. 65. y 66. p. 488. y 489.

Hermano vivo, é hijos de otro hermano muerto, ó estraño, é hijos de otro estraño instituyendo por herederos simplemente con modo colectivo el testador, sin

sin especificar sus nombres, qué llevarán de sus bienes, ya los hijos estén, ó no nacidos, y haga la institucion principal, ó substitutiva, ó subrogativamente? ibi. num. 67. al 69. pag. 489. y 490.

Hermano vivo, é hijos de otro hermano muerto instituyendo por sus herederos el testador, y nombrandolos por sus propios nombres, cómo dividirán su herencia? ibi. num. 70. pag. 490. dicha.

Hermanos siendo instituídos por herederos del testador, si se entenderán llamados tambien los sobrinos hijos de otro hermano muerto? ibi. n. 71. p. 491.

Hermanos del testador no instituyendolos por sus herederos, si podrán, ó no romper su testamento? lib. 2. cap. 8. n. 2. y 3. p. 498. y 499.

Hermanos consanguineos, en qué casos se podrán demandar criminalmente? libro 3. cap. 1. n. 21. pag. 31.

H ante I.

Hijas. Hijas á quienes sus padres juntos dieron, ó prometieron dote, qué deben colacionar por muerte del uno? lib. 1. cap. 4. numer. 107. pag. 279.

Hijas á quienes su madre estando viuda, y los bienes sin partir, ofreció dote, y se la dió, de qué bienes se entiende dada, ó prometida, y qué debe colacionar quando se haga la division? ibi. num. 108. pag. dicha.

Hija á quien su padre solo dió, ó prometió dote habiendo gananciales, si siendo unica, ó teniendo hermanos deberá colacionarla integra, ó no mas que su mitad quando venga á partir con ellos, ó solamente con su madre? ibi. n. 109. y 110. p. 280. á la 283.

Hijas no pueden ser mejoradas por sus padres en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, ni les compete la eleccion que les da la ley 29. de Toro: lib. y cap. 2. numer. 87. y 88. p. 136.

Hijas pueden ser mejoradas por sus padres en ultima disposicion, y valdrá la mejora excepto en dos casos: ibi. n. 89. y 90. pag. 138. y 139.

Hijas, qué pueden llevar en do-

dote, y darlas sus padres? ibi. n. 91. pag. 139.
Hija del primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raíces, ó redituables, habiendola casado su padre, y dadola en dote bienes muebles, si muerto el padre, y restituyendo estos tendrá, ó no accion á pedir los maternos con los frutos producidos desde su casamiento? ibi. n. 137. al 139. pag. 174. y 175.
Hija está obligada á restituir el exceso de su dote, no solo disuelto el matrimonio, sino durante él, si desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa: lib. 2. cap. 3. n. 130. p. 261.
Hija excluída de heredar por estatuto, ó costumbre, si deberá, ó no colacionar lo que en vida hubo de sus padres? ibi. n. 21. p. 195.
Hijas deben colacionar por muerte de sus padres la dote, y donacion propter nuptias que recibieron de ellos, aunque no sean requeridas por sus hermanos, excepto en un caso: ibi. n. 40. al 42. p. 209.
Hijas, si deberán, ó no colacionar lo que recibieron de sus padres en caso que se contenten con su dote, y repudien su herencia? ibi. num. 43.
Hijas deben colacionar las donaciones que además de la dote les hicieron sus padres: ibi. n. 44. pag. dicha.
Hijas deben colacionar lo que por mera contemplacion de sus padres las dieron otras personas: ibi. n. 45. pag. 211.
Hija no debe colacionar el dinero que la dió el que la desfloró: ibi. n. 46. pag. dicha.
Hija no debe colacionar la dote, donacion propter nuptias, ni regalos que algun pariente, amo, ó estraño la hizo, ni los salarios que ganó: ibi. n. 47. p. dicha.
Hijas que profesan en religion capáz de adquirir, deben colacionar lo que sus padres las dieron: ibi. n. 48. y 49. pag. 212. y 213.
Hija religiosa, si deberá, ó no colacionar lo que su padre la dió á mas de la dote? ibi. n. 50. pag. 213.
Hija religiosa no debe colacionar lo que su padre la dió para sus religiosas necesidades: ibi. n. 51. p. 214.
Hija, é hijo deben colacionar además de la dote, y donacion propter nuptias lo que

que sus padres les dieron para alguna urgencia: ibi. n. 59. pag. 218.

Hija, por qué valor ha de colacionar la finca dada en dote que no fue valuada, ó si lo fue, no causó venta su estimacion, ya se haya hecho, ó no mas preciosa por solo el tiempo: ibi. n. 121. pag. 255. y 256.

Hija, por qué valor ha de colacionar la finca dotal estimada, ya se haya hecho, ó no mas preciosa por su industria? ibi. n. 122. al 124. pag. 257. y 258.

Hija no debe colacionar los bienes dotales no estimados, que perecieron sin su culpa despues de la muerte del donante: ibi. n. 126. pag. 259.

Hija debe colacionar los bienes dotales apreciados que perecieron por su culpa despues de la muerte del dotante: ibi. n. 127. p. 260.

Hija no debe colacionar los expresados bienes no estimados, que sin su culpa perecieron en vida de su padre: ibi. num. 128. pag. dicha.

Hija debe restituir constante matrimonio el exceso de la dote que desde su constitucion fue inoficiosa, si su padre se lo demanda: ibi. n. 130. pag. 161.

Hija que acepta, ó repudia la herencia de su padre, si deberá, ó no restituir con frutos la finca dotal que la dió en vida? ibi. n. 131. al 133. p. 262. á la 264.

Hijos. Hijo debe colacionar el emphiteusi de *nominacion* á que fue llamado: lib. 1. cap. 2. n. 73. p. 134.

Hijo que sirvió á su madre, debe ser reintegrado de su salario despues de la muerte de ella, si lo pide, aunque en vida no lo haya pretendido: lib. 1. cap. 3. n. 75. pag. 119.

Hijos, muger, y herederos del poseedor de mayorazgo que hizo mejoras, reparos, fortalezas, y cercas en sus Ciudades, Villas, heredamientos, y edificios, á nada de su valor tienen derecho: lib. 1. cap. 4. n. 72. pag. 251.

Hijos á quienes sus padres juntos hicieron donacion propter nuptias, qué deben colacionar por muerte del uno? ibi. n. 107. p. 279.

Hijos, á quienes su madre viuda habiendo gananciales, hizo donacion propter nuptias durante la proindivision del caudal, de qué bie-

bienes se entiende hecha; y qué deberán colacionar quando se haga la particion? ibi. n. 108. p. dicha.
Hijo á quien su padre solo hizo donacion propter nuptias habiendo gananciales, si deberá colacionarla integra por su muerte, ó solamente su mitad, ya tenga hermanos, ó sea unico, y venga á partir con su madre? ibi. n. 109. y 110. pag. 280. á la 283.
Hijos de las siervas dejadas en usufructo, no corresponden al usufructuario: lib. 1. cap. 7. n. 20. al fin pag. 404.
Hijos no pueden ser compelidos mientras viven, á señalar, ni entregar á su padre su legitima: lib. 2. cap. 1. n. 10. pag. 13.
Hijos mayores, si podrán, ó no pretender suplemento de legitima aumentandose los bienes de su padre, quando éste dividió entre ellos los que entonces tenia, y hicieron, ó no juramento de no pedirlo? ibi. num. 16. y 17. pag. 15.
Hijo postumo debe instituirlo su padre por heredero, y en su perjuicio no puede disponer de mas que de un quinto de sus bienes: ibi. num. 23. pag. 20.
Hijos teniendo el padre, ó madre cinco, ó mas, si podrá disponer del quinto integro? ibi. n. 26. pag. 23.
Hijos ilegitimos de quántas clases son, y quáles se llaman naturales? ibi. n. 51. al 53. pag. 41. y 42.
Hijos naturales gozan de la nobleza de su padre, y pueden succederle en el quinto, si los tiene legitimos: ibi. n. 54. pag. 43.
Hijos naturales, si podrán, ó no ser gravados por su padre con la obligacion de restituir á otro el quinto que les dexa? ibi. num. 55. pag. 43.
Hijos naturales pueden ser instituídos herederos por su padre, si carece de legitimos, aunque tenga ascendientes: ibi. num. 56. pag. 44.
Hijos naturales á nada de su padre tienen derecho, si los exhereda, ó excluye de succeder en sus bienes: ibi. num. 57.
Hijos naturales siendo preteridos por su padre, á qué tendrán derecho? ibi. n. 58. pag. 45.
Hijos, y nietos naturales pueden dexar á sus padres, y ascendientes lo que estos

á ellos : ibi. n. 60. p. 46.
Hijos naturales son herederos forzosos de su madre en defecto de legitimos, aunque tenga ascendientes ; pero teniendo hijos legitimos , pueden llevar solamente el quinto de sus bienes: ibi. n. 61. p. 47.
Hijos naturales siendo exheredados injustamente , ó preteridos por su madre, pueden romper su testamento , aunque tenga ascendientes , si carece de legitimos descendientes: ibi. n. 62. pag. dicha.
Hijos , quáles se llaman expurios: quántas clases hay de ellos: y con qué nombres se distinguen ? ibi. n. 63. pag. 48.
Hijos expurios no tienen derecho á ser alimentados por su padre , ni éste por ellos : ibi. n. 64. pag. 49.
Hijos expurios de muger casada no deben heredar de su madre mas que el quinto , aunque carezca de legitimos: ibi. n. 65. pag. 50.
Hijos de hombre , y muger consanguineos , heredarán á su madre ex testamento, y ab intestato en defecto de legitimos: ibi. num. 66. pag. 51.
Hijos de hombre casado , y muger libre pueden succeder á su madre ex testamento, y ab intestato en todos sus bienes , aunque tenga ascendientes ; pero á su padre en el quinto , ó alimentos solamente : ibi. num. 67. pag. 52.
Hijos de Clerigo ordenado in sacris en nada deben succederle ex testamento , ni ab intestato, ni haber de él , ni de sus parientes cosa alguna , aunque sea con titulo de venta : ibi. n. 68. pag. 53.
Hijos de Frailes , Freiles, y Monjas profesas nada pueden heredar de ellos : ibi. num. 69. pag. 54.
Hijos todos eran legitimos antes de la constitucion del matrimonio : ibi. num. 72. pag. 56.
Hijos se legitíman por el subsequente matrimonio, pueden romper el testamento de su padre , si los preteríe , ó exhereda sin causa, y en nada se diferencian de los procreados despues de contraído : ibi. num. 74. pag. 58.
Hijos, quándo se legitimarán, ó no por el subsequente matrimonio casandose sus padres *in articulo mortis*? ibi. n. 75. y 76. p. 59. y 60.

Hi-

Hijos, y nietos se legitiman por el subsequente matrimonio, aunque su padre, ó abuelo despues de habidos se casen con otra muger, ó sean Clerigos de menores; ó concurran en ellos al tiempo de su generacion los vicios de incesto, y adulterio: ibi. n. 77. al 79. pag. 60. y 61.

Hijos se legitiman por rescripto del Principe, y no pueden succeder á sus padres en mas que en el quinto, si los tiene legitimos, excepto en un caso: ibi. n. 80. y 81. pag. 62. y 63.

Hijo natural legitimado por rescripto, ó el espurio por dispensacion, si podrá, ó no heredar á su padre, y éste instituirle por heredero á falta de legitimos, aunque tenga ascendientes, ó parientes? ibi. numer. 82. y 83. p. 63. y 64.

Hijo legitimado á *jure*, *vel ab homine* succede á su padre del modo que éste á él, y es reciproca entre los dos la succesion: ibi. numer. 85. pag. dicha.

Hijos naturales legitimados por rescripto, gozan de la nobleza, y demás honores civiles de sus padres, y succeden á sus parientes como los legitimos: ibi. num. 84. pag. 65.

Hijos adoptados por sus ascendientes, ó estraños, qué heredarán del adoptante? ibi. num. 86. pag. 66.

Hijos prohijados por via de arrogacion, en qué succederán al prohijante: y si éste los echa de su poder, qué está obligado á darles? ibi. num. 87. pag. dicha.

Hijos, y descendientes legitimos pueden ser mejorados por sus ascendientes en contrato, ó ultima voluntad en el tercio, y quinto de sus bienes libres, ó en qualquiera de éstos, aunque sean procreados en diversos matrimonios: lib. 2. cap. 2. n. 2. 4. y 6. p. 78. á la 81.

Hijo unico siendo mejorado en el tercio, en qué casos valdrá el gravamen que su padre le imponga en el? ibi. num. 8. al 11. pag. 82. á la 84.

Hijos, ó herederos estraños no mejorados deben pagar al que lo es, su mejora de tercio, y quinto, ó de uno de éstos, en los bienes señalados por el mejorante, y no en dinero, excepto en un caso: ibi. n. 16. al 19. pag. 88. á la 90.

Hijo, ó heredero estraño puede vender el fundo, de cuyo usufructo legó anualmente el testador cierta parte á alguno, entregando á éste la cantidad anua correspondiente á su legado: ibi. n. 20. pag. 91.

Hijo, ó descendiente legitimo mejorado puede repudiar la herencia del que le mejoró, y aceptar la mejora, pagando á prorrata sus deudas: ibi. num. 102. y 103. pag. 146.

Hijos siendo mejorados por su padre, ó madre en ultima disposicion dos, ó mas, y falleciendo, ó repudiando su parte el uno, si se acrecerá, ó no á los superstites? ibi. num. 104. y 105. pag. 147.

Hijos á quienes su padre, ó madre hicieron donacion causa mortis, siendo dos, ó mas, y falleciendo, ó repudiando su parte el uno, si se acrecerá á los conjuntos donatarios? ibi. n. 106. pag. 148.

Hijos siendo mejorados por su padre en contrato entre vivos con entrega de la Escritura, ó posesion de los bienes; y falleciendo alguno sin sucesion, si habrá, ó no lugar entre ellos el derecho de acrecer; y cómo se dividirá la parte vacante, que por su muerte recayó en el padre? ibi. n. 107. al 110. pag. 148. á la 151.

Hijos, y descendientes legitimos, ó legitimados por el subsequente matrimonio, qué deben colacionar por muerte de sus padres? lib. 2. cap. 3. num. 14. 15. y 16. pag. 191. y 192. y num. 119. y 120. pag. 253. y 254.

Hijo, ó hija excluidos de heredar por estatuto, ó costumbre, si por muerte de sus padres deberán, ó no colacionar lo que en vida les dieron? ibi. num. 21. pag. 195.

Hijos no deben colacionar por muerte de su abuelo la dote, y donacion que sus padres premuertos les dieron: ibi. n. 22. p. dicha.

Hijos de dos matrimonios dexando el padre, si dió á los del primero mas, ó menos, que el importe de su legitima materna, qué deberán colacionar? ibi. numer. 32. pag. 203.

Hijo no debe colacionar el dinero que alguno le dió por la injuria que le hizo: ibi. num. 46. pag. 211.

Hijo debe colacionar no solo lo que percibió de sus padres, sino los vestidos, adornos, y demás que dieron á su esposa, y muger, ya estén, ó no consumidos: ibi. n. 52. p. 214.

Hijo no debe colacionar las impensas de refresco, regalo al Cura que lo casó, ni otras que con titulo de honor, y celebridad de su boda, ó Misa nueva hizo su padre, ó madre: ibi. num. 53. pag. 215.

Hijos deben colacionar los oficios públicos vendibles que les compran sus padres, ó ellos con el dinero que á este efecto les dán, si les son transmisibles: ibi. num. 54. pag. dicha.

Hijo si deberá, ó no colacionar las expensas hechas por su padre, en sacar las bulas para obtener Obispado, Canonicato, ú otro beneficio, ó dignidad Eclesiastica, util, y fructifera? ibi. num. 55. pag. 216.

Hijo debe colacionar lo que su padre poseedor de mayorazgo expendio en la obtencion de Breve Pontificio para sacar de los frutos de ciertas Iglesias alguna quota á fin de erigir beneficios, cuya presentacion ha de hacer el mismo hijo en llegando á poseer el mayorazgo: ibi. n. 56. p. 217.

Hijo, si deberá, ó no colacionar la donacion que su padre le hizo con titulo de patrimonio para ordenarse? ibi. n. 57. y 58. p. 217. y 218.

Hijos deben colacionar además de la dote, y donacion propter nuptias, lo que sus padres les dieron para alguna urgencia: ibi. n. 59. pag. 218.

Hijo existente en la patria potestad, debe colacionar el usufructo de sus bienes adventicios, cuyos frutos tiene recogidos su padre, si se los donó expresamente; pero no, habiendoselos donado tacitamente: ibi. numer. 60. al 62. pag. 219. y 220.

Hijo no debe colacionar los frutos de sus bienes adventicios, cuyo usufructo no quiso su padre, ni lo demás que por no haber querido adquirirlo éste, adquirió el mismo hijo: ibi. numer. 63. 64. y 67. p. 221. y 223.

Hijo casado, si podrá, ó no repetir de la herencia de su padre el usufructo de sus bienes adventicios que éste le

le retubo desde su casamiento, no habiendoselo demandado en vida? ibi. num. 65. pag. 221.

Hijo que vive en compañia de su padre, y posee Capellanía, ó beneficios Eclesiasticos, si administrandoselos su padre, podrá, ó no repetir de su herencia el importe de sus rentas, ó frutos? ibi. n. 66. p. 222.

Hijo no debe colacionar lo que su padre le donó al tiempo de emanciparle, excepto en un caso: ibi. n. 68. pag. 223.

Hijo, en qué casos deberá, ó no colacionar lo que su padre gastó con él en el estudió? ibi. num. 69. al 75. pag. 224. á la 227.

Hijo, quándo deberá colacionar lo que su padre gastó con él para aprender ciencias mayores, ó ir á la guerra? ibi. num. 76. p. 228.

Hijo, si deberá, ó no colacionar los libros que su padre le dió para estudiar, ya exerza, ó no oficio público de enseñar? ibi. n. 77. y 78. pag. 228. y 229.

Hijo no debe colacionar lo que adquirió en la guerra: ibi. num. 79. pag. 230.

Hijo no debe colacionar su peculio quasi castrense: ibi. num. 80. pag. dicha.

Hijo Clerigo no debe colacionar lo que adquiere *intuitu ecclesiæ*, ya esté, ó no ordenado *in sacris*: ibi. num. 8. dicho pag. 231.

Hijo, si deberá, ó no colacionar lo que su padre expendió en obtenerle algun honor vendible, ó invendible? ibi. n. 81. p. dicha.

Hijo no debe colacionar lo que su padre gastó á fin de condecorarle con el grado de Doctor, ó Licenciado: ibi. num. 82. pag. 232.

Hijo no debe colacionar lo que sus padres expendieron por redimirle de captiverio: ibi. num. 83. pag. dicha.

Hijo, quándo deberá colacionar lo que su padre pagó por él por la pena en que fue condenado? ibi. n. 84. pag. 233.

Hijo de criado del Rey, ó Reyna no debe colacionar la pension que por mera gracia le hacen; excepto en un caso: ibi. num. 85. y 86. pag. 233. y 234.

Hijo no debe colacionar lo que con su mera industria, y trabajo adquirió: ibi. num. 87. pag. 235.

Hijo debe colacionar lo que lucró con el caudal de su pa-

padre: y en caso de duda la mitad: ibi. num. 88. pag. dicha.

Hijo si adquirió el lucro con usuras, no debe participar de él, ni traerse al juicio divisorio: ibi. num. 89. pagin. 236.

Hijo que por imposibilidad de su padre, y hermanos administró, y gobernó por sí solo el caudal de su padre, si podrá pedir, y se le deberá dar salario del tiempo de su administracion? ibi. n. 90. p. dicha.

Hijo debe colacionar el importe de los bienes que destruyó, ó substrajo á su padre, ó recibirlo en quenta de su haber, sino está emancipado: ibi. n. 91. p. 237.

Hijo, si deberá, ó no colacionar la donacion que por sus meritos le hicieron sus padres, y estará, ó no obligado á justificarlos, ó bastará la confesion de los donantes? ibi. num. 92. y 93. pag. 237. y 238.

Hijo debe colacionar las donaciones que por causa necesaria le hizo su padre; pero no las simples, excepto en tres casos: lib. 2. y cap. 3. dichos num. 94. y 95. pag. 238. y 239.

Hijo no debe colacionar el emphiteusi de *nominacion* por ciertas vidas que su padre no compró, ni fue el primero que lo poseyó, si lo eligió para succeder en él: ibi. n. 102. p. 244.

Hijo debe colacionar el emphiteusi referido, si su padre lo adquirió, ó compró; ó se concedió al mismo hijo por contemplacion de su padre: ibi. num. 103. al 105. pag. 245.

Hijo debe colacionar el importe de las mejoras utiles que su padre hizo en la finca emphiteutica, si acepta su herencia: ibi. num. 106. al 109. pag. 246. y 247.

Hijo debe colacionar la alhaja emphiteutica quando su padre no solo le nombra para succeder en ella, sino que se la entrega simplemente, ó en otra forma, y goza sus frutos: ibi. n. 110. pag. 248.

Hijo debe colacionar la finca gravada con emphiteusi perpetuo, que su padre le donó en vida: ibi. n. 113. pag. 249.

Hijo, por qué valor debe colacionar la finca que su padre le dió propter nuptias, y no fue estimada, ó si lo fue, no causó venta su valuacion, ya se haya hecho,

ó no mas preciosa por solo el tiempo? ibi. num. 121. pag. 255. y 256.

Hijo, por qué valor debe colacionar la finca estimada que recibió en donacion propter nuptias, ya se haya hecho, ó no mas preciosa por su industria? ibi. n. 122. al 124. pag. 257. y 258.

Hijo, por qué precio debe colacionar los bienes muebles recibidos en donacion propter nuptias, ya se hayan estimado, ó no? ibi. num. 125. pag. 258.

Hijo no debe colacionar los bienes no apreciados que su padre le donó, y perecieron sin su culpa despues de la muerte de éste: ibi. num. 126. pag. 259.

Hijo debe colacionar los bienes apreciados que perecieron por su culpa despues de la muerte de su padre: ibi. n. 127. p. 260.

Hijo no debe colacionar los expresados bienes no estimados que sin culpa perecieron en vida desu padre: ibi. n. 128. pag. dicha.

Hijo, ó descendiente que repudia la herencia de su ascendiente, si deberá, ó no colacionar lo que en vida recibió de éste? ibi. n. 129. pag. 261.

Hijo, si por muerte de sus padres deberá, ó no restituir los frutos de lo que le han donado, y entregado en vida? ibi. num. 134. pag. 264.

Hijo natural legitimado por el subsequente matrimonio, y el espurio por rescripto del Principe tienen derecho á heredar á sus padres, y excluyen á los demás ascendientes; y lo mismo el substituto pupilar: lib. 2. cap. 4. num 9. pag. 316.

Hijos, y descendientes legitimos pueden disponer del tercio de sus bienes en perjuicio de sus ascendientes, consignarlo, y gravarlo: ibi. num. 10. al 12. y 19. y 20. p. 317. 318. y 323.

Hijo que está baxo de la patria potestad, si podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad, y usufructo en perjuicio de su padre? ibi. num. 21. y 22. pag. 323. y 324.

Hijos concediendo licencia á su madre para bolverse á casar, ó aprobando, y consintiendo su boda, ó remitiendole la injuria, ó callando, si se perjudicarán, ó no en quanto á la reservacion que está obligada á ha-

hacerles de lo que hubo de su anterior marido, padre de ellos? lib. 2. cap. 5. numer. 21. al 27. pag. 348. á la 352.

Hijos pueden reivindicar despues de la muerte de su madre los bienes reservables que les enagenó: ibi. num. 34. pag. 356.

Hijos que aceptan la herencia de su padre, no pueden reivindicar los bienes que debió reservarles, y enagenó, sin hacer previa excusion en los paternos: ibi. num. 35. pag. dicha.

Hijos legitimos vivos que dexa el padre, le sucederán abintestato igualmente, aunque tenga nietos, ú otros descendientes: lib. 2. cap. 7. num. 3. pag. 454.

Hijos postumos sucederán á sus padres ex testamento, y abintestato, concurriendo en ellos quatro circunstancias: ibi. num. 4. y 5. pag. 454. y 455.

Hijos legitimados por el subsequente matrimonio suceden abintestato á sus padres, como los que nacen, y son procreados despues de casados éstos: ibi. n. 6. y 7. pag. 455.

Hijos, y descendientes legitimos sucederán á su padre, aunque tengan ascendientes que en su respectiva linea estén en igual grado con ellos: ibi. num. 8. pag. 456.

Hijos no dexando el difunto intestado, le sucederán los nietos, ó descendientes que estén en grado mas cercano, si nacieron, ó fueron concebidos en vida de su abuelo, ó ascendiente, de cuya succesion se trata: ibi. num. 9. y 10. p. 456. y 457.

Hijos de dos, ó mas hijos premuertos sucederán *instirpes* á su abuelo intestado al modo que los de un hijo solo *in capita*, representando á sus padres, ó madres: ibi. n. 11. p. 458.

Hijos nacidos, ó postumos del difunto, y nietos hijos de otros hijos, ó hijas premuertos, si concurrirán todos á la division de la herencia de su abuelo intestado; y qué llevarán unos, y otros? ibi. n. 12. p. 459.

Hijos naturales, si succedían, ó no abintestato en lo antiguo á sus padres; y en qué parte, y en quál succeden hoy, no teniendo ascendientes? ibi. num. 13. y 14. pag. 459. y 460.

Hijos naturales son herede-

ros forzosos abintestato de sus madres á falta de legitimos, aunque éstas tengan legitimos ascendientes: ibi. num. 16. pag. 461.

Hijos naturales, si sucederán abintestato á los parientes legitimos, naturales, ó espurios de parte de su padre, ó madre? ibi. num. 17. al 22 pag. 461. á la 464.

Hijos espurios de qualquiera clase no succeden abintestato á los parientes de su padre, ni éstos á ellos: ibi. num. 23. pag. 464.

Hijos espurios de dañado ayuntamiento no succeden abintestato á su madre, ni á los parientes por esta linea, ni la madre á ellos: ibi. n. 24. pag. dicha.

Hijos legitimos muriendo intestados sin descendientes, ni otros que hayan derecho de heredarlos, les succeden sus padres, ó ascendientes mas cercanos en igual grado sin distincion de agnacion, ni cognacion: ibi. num. 26. y 27. p. 466. y 467.

Hijo, ó descendiente intestado aunque dexe por una linea abuelo, y abuela, y por la otra no mas que padre, ó madre, entrarán el padre, ó la madre á heredarle en el todo, y serán excluídos los abuelos: ibi. num. 28. pag. 467.

Hijo, en quántos casos representa á su padre? lib. 2. y cap. 7. dichos num. 46. pag. 478.

Hijo, si podrá, ó no aceptar su legitima, y repudiar los demás bienes que su padre le dexó? lib. 2. capit. 8. n. 72. al fin p. 534.

Hijo de familia que está baxo de la patria potestad, en qué casos puede demandar á su padre legitimo, ó adoptivo? lib. 3. cap. 1. n. 16. pag. 30.

Hijo que está fuera de la patria potestad, si podrá, ó no demandar civil, ó criminalmente á su padre? ibi. num. 17. pag dicha.

Hijo que está baxo de la patria potestad, queriendo demandar á alguno, ó responder á la demanda que le han puesto, si deberá, ó no pedir licencia á su padre? ibi. n. 18. p. 31.

Hijo dalgo de executoria, á quiénes se dán comparados; y quáles se llaman *hijosdalgo de solar conocido*? lib. 3. cap 2. num. 148. y 149. pag. 441. y 442.

Hijos legitimos tienen hipote-

teca tacita contra los bienes de su padre, por los suyos adventicios que les administró, y enagenó: lib. 3. cap. 3. n. 53. p. 631.

Hijos legitimos tienen privilegio de prelacion á otros acreedores de su padre por la dote de su madre: ibi. num. 54. pag. dicha.

Hijos legitimos tienen hipoteca tacita en los bienes de su padre, y madre, que se buelven á casar, por los que éstos deben reservarles: ibi. num. 55. p. 631. dicha.

Hijos superstites de la muger primera, si serán, ó no preferidos á la dote de la segunda por la herencia de su hermano muerto intestado sin succesion, que su padre debió reservarles? ibi. num. 96. al 99. p. 659. á la 661.

Hijos de la muger primera que pretenden los bienes extradotales, gananciales, y reservables de su madre, quándo serán, ó no preferidos por ellos á la dote de la segunda? ibi. num. 100. pag. 663.

Hipoteca. Hipoteca de los bienes afectos al censo, si prescribirá, ó no? lib. 3. cap. 2. n. 84. p. 403.

Hipoteca, y obligacion de bienes vinculados, qué efecto produce, y cómo se entienden obligados? ibi. numer. 341. pag. 492.

Hipoteca vence al privilegio, y hace callar á los acreedores de accion personal: lib. 3. cap. 3. num. 41. al fin pag. 625.

Hipoteca, quál se llama *tacita*, y quál *expresa*? ibi. num. 44. pag. 627.

Hipoteca tacita, qué fuerza tiene; en qué bienes se contrae, ó no; y á qué personas está concedida? ibi. num. 45. y 46. pag. dicha.

Hipoteca tacita, en qué bienes del deudor compete á la Iglesia por la administracion de sus diezmos? ibi. num. 47. pag. 628.

Hipoteca tacita, en qué bienes de los deudores compete al Fisco, y por qué derechos? ibi. num. 48. pag. dicha.

Hipoteca tacita, por qué derechos, y en qué bienes compete, ó no á la muger contra los de su marido? ibi. n. 49. pag. 629.

Hipoteca tacita, por qué deudas compete al Hospital, y Republica contra los bienes de su administrador? ibi. num. 50. pag. dicha.

Hipoteca tacita, si competirá, ó no al menor contra los bienes de su tutor, sus herederos, y fiadores, y contra el Juez que lo nombró; ó al tutor contra los de su menor? ibi. num. 51. pag. 630.

Hipoteca tacita compete al marido por la dote que con su muger se le prometió, contra el promitente: ibi. num. 52. pag. dicha.

Hipoteca tacita, por qué bienes compete á los hijos contra los de su padre? ibi. num. 53. pag 631.

Hipoteca tacita compete á los herederos legitimos, y estraños de la muger, y á los cesonarios, y particulares succesores por la dote que llevó á su matrimonio, contra los de su marido: ibi. num. 54. pag. dicha.

Hipoteca tacita compete á los hijos legitimos por los bienes reservables contra los de su padre, y madre que se buelven á casar: ibi. numer. 55. pag. 631. dicha.

Hipoteca tacita compete al legatario contra los bienes del que le hizo el legado: ibi. num. 56. p. 632.

Hipoteca tacita compete al reseccionario en la cosa reseccionada, y conservada: ibi. n. 57. pag. dicha.

Hipoteca tacita compete al locador contra los bienes del conductor: ibi. n. 58. pag. 633.

Hipoteca tacita contra los bienes del difunto compete al que suplió los gastos de su ultima enfermedad, funeral, inventario, testamento, y su apertura: ibi. num. 59. pag. dicha.

Hipoteca contraída por el apoderado con poder para hipotecar, que no contiene en sí contrato, ni él lo es, si se retrotraerá, ó no al tiempo del poder, ó al del contrato, que en su virtud se celebró? ibi. num. 60. pag. dicha.

Hipoteca, y prelacion que se adquieren por la tacita reconducion, desde quándo obran sus efectos? ibi. num. 109. pag. 667.

H ante O.

Hospital, y Republica tienen hipoteca tacita por la administracion de sus bienes contra los de los que los administran: lib. 3. cap. 3. num. 50. pag. 629.

I

I ante G.

Iglesia. Iglesia, Concejo, y Republica, quándo podrán, ó no alegar nulidad de la sentencia? lib. 3. capit. 1. num. 496. p. 291.
Iglesia, Comunidad, Republica, y Fisco, dentro de qué termino deben pedir restitucion, si fueron lesos en la sentencia, ó contrato; y quántas clases de bienes puede poseer el Rey? ibi. num. 497. pag. dicha.
Iglesia, y demás referidos si quieren restituirse por prescripcion sobre las cosas que pueden perder por tiempo de quarenta años, dentro de quánto deben pedirlas? ibi. n. 498. p. 292.
Iglesia, y menor, si deberán probar la lesion para que se les restituya, ó bastará que la aleguen? lib. 3. capit. 2. n. 253. pag. 497.
Iglesia tiene hipoteca tacita por sus diezmos, y por los bienes que su Prelado, ú otro le administra: lib. 3. cap. 3. num. 47. pag. 628.
Iglesia es preferida por sus diezmos á todos los acreedores del que los debe, por privilegiados que sean: ibi. num. 68. pag. 638.
Iglesia, Fisco, Comunidad, Republica, y menores no pueden vender al fiado, y les compete la prelacion de dominio en la cosa vendida, y no pagada: ibi. num. 104. pag. 665.
Iglesia, Fisco, Comunidad, Republica, menores, dote, y soldado ocupado en el Real Servicio tienen prelacion en la cosa, que con el precio de la que estaba hipotecada á su favor, se compró, y subrrogó en su lugar; mas no en el de ésta, si se vendiere despues: ibi. num. 142. pag. 683.

I ante M.

Imputacion. Imputacion, ó computacion, qué es, y quándo tiene, ó no lugar? lib. 2. cap. 3. n. 3. p. 185.
Imputacion, y colacion, en qué se diferencian? ibi. numer. 4. pag. 186.

I ante N.

Indivisibilidad. Indivisibilidad, de quántas maneras se

se induce? lib. 2. cap. 2. num 59. pag. 127.

Instrumento. Instrumentos, libros, y papeles tocantes á la herencia, se deben inventariar: lib. y cap. 1. num. 19. pag. 25.

Instrumento siendo impugnado por los testigos, si valdrá, ó no? lib. y cap. 1. num. 35. pag. 34. y lib. 3. cap. 1. n. 343. pag. 196.

Instrumento, ó Escritura de deuda siendo legado, vendido, ó donado, es visto serlo ésta: lib. 2. cap. 6. n. 59. al fin pag. 395.

Instrumento, de quántas clases es: quál se llama público: qué es necesario para que haga fé: y cómo se ha de hacer su comprobacion? lib. 3. cap. 1. numer. 341. pag. 195.

Instrumento público siendo redarguído de falso, cómo se ha de probar su falsedad, ó veracidad? ibi. numer. 342. al 344. pag. 196. y 197.

Instrumento público no siendo válido, cómo se puede justificar su contesto, y en qué idioma, y letra se debe producir? ibi. n. 345. pag. 198.

Instrumento producido antes de la contestacion, debe reproducirse en la prueba, y tambien en segunda instancia: ibi. n. 346. p. dicha.

Instrumento autentico, quál es, y contra quién hace, ó no fé? ibi. n. 350. p. 200.

Instrumento público, y autentico, en qué se diferencian? ibi. n. 351. p. dicha.

Instrumento, quál se llama privado, y de quántas maneras es? ibi. num. 354. pag. 201.

Instrumento público hace fé, aunque hayan muerto el Escribano que lo autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento; y para que la haga el privado, qué es necesario? ibi. num. 355. pag. 202.

Instrumentos, por qué causas se pueden redarguir de falsos absoluta, ó civilmente? ibi. n. 381. p. 220.

Instrumentos que se han de compulsar, deben ser señalados al tiempo que se pretende su compulsa: ibi. n. 376. pag. 216.

Instrumentos, de quántas maneras se pueden impugnar, y los redarguídos de falsos civilmente si se deberán, ó no comprobar, ó cotejar con sus originales para que hagan fé en juicio? ibi. n. 381. y 382. pag. dicha.

Instrumento público hecho ante Escribano, si traerá, ó no aparejada execucion, va se haya otorgado dentro, ó fuera de estos Reynos: y cómo se ha de comprobar para que no se dude de él: lib. 3. cap. 2. n. 28. al 30. p. 368. à la 370.

Instrumento executivo trae aparejada execucion no solo en lo expreso, sino en lo tacito: ibi. n. 31. p. 370.

Instrumento en que alguno promete, y se obliga á hacer alguna cosa, si traerá, ó no aparejada execucion, y podrá éste ser compelido á practicarla? ibi. n. 34. y 35. pag. 374. y 375.

Instrumento condicional, y el que no hace fé, no traen aparejada execucion: ibi. num. 36. pag. 375.

Instrumento de locacion, y conducion no trae aparejada execucion por la tacita reconducion, excepto que contenga cierta clausula: ibi. n. 37. pag. 376.

Instrumento que se remite á otro, no trae aparejada execucion, sin que conste de éste: ibi. n. 38 p. 377.

Instrumento, ó escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de quanto importan: y la de pagarlos por conducir dinero en letra de un Pueblo á otro dentro de estos Reynos, no traen aparejada execucion: ibi. num. 39. pag. dicha.

Instrumento, y obligacion de satisfacer lo perdido en el juego: ó pagar los novios las mercaderías que se les fian para casarse: y la otorgada por hijo de familia, estudiante, ó muger casada sin la respectiva licencia, no traen aparejada execucion: ibi. n. 40. pag. 379.

Instrumento líquido, y público, si traerá, ó no aparejada execucion: ibi. numer. 41. pag. dicha.

Instrumento que no está liquidado, para que sea executivo qué circunstancias ha de contener? ibi. n. 44. pag. 381.

Instrumento ilíquido, por qué medios se puede liquidar? ibi. num. 45. pag. dicha.

Intestado. Intestado muriendo el padre, y dexando hijos vivos, y otros descendientes legitimos, le sucederán sus hijos: lib. 2. cap. 7. n. 3. pag. 454.

Intestado muriendo el padre, y dexando hijos vivos naci-

cidos, y tambien postumo, le succederá éste como aquellos, concurriendo en él quatro circunstancias: ibi. n. 4. y 5. pag. dicha, y 455.

Intestado muriendo el padre, le succederán no solo los hijos concebidos, y nacidos despues de casado, sino los legitimados por el subsequente matrimonio: ibi. n. 6. al 8. p. 455. y 456.

Intestado muriendo algun ascendiente, y no dexando hijos, y sí nietos, viznietos, ú otros descendientes legitimos, quáles le succederán, y quándo? ibi. numer. 9. y 10. p. 456. y 457.

Intestado muriendo el abuelo que dexa nietos hijos de un hijo, ó hija sola, ó de dos, ó mas hijos premuertos, cómo concurrirán á la succesion de sus bienes? ibi. num. 11. pag. 458.

Intestado muriendo alguno que dexa hijos, y nietos, si le heredarán todos, ó aquellos solos? ibi. n. 12. pag. 459.

Intestado si moría el padre, ó abuelo, en qué les succedían antiguamente sus hijos, ó nietos naturales; y en qué les succeden hoy? ibi. n. 13. al 15. pag. 459. y 460.

Intestada muriendo la madre, deben heredarla sus hijos naturales, aunque tenga ascendientes legitimos: ibi. num. 16. pag. 461.

Intestados muriendo los hermanos consanguineos, ó parientes naturales, ó espurios de parte de padre, ó madre, si los heredarán sus hijos naturales, ó espurios? ibi. n. 17. al 24. p. 461. á la 464.

Intesta los muriendo los hijos naturales, y espurios, ó sus padres, y parientes, es reciproca entre ellos la succesion abintestato, y la obligacion de alimentarse: ibi. num. 25. pag. 465.

Intestado muriendo el descendiente, le succederán los padres, ó ascendientes legitimos que dexe, y estén en grado igual, y mas cercano: ibi. num. 26. y 27. pag. 466. y 467.

Intestado muriendo el descendiente, si dexa un ascendiente solo por una linea, y dos mas distantes en grado por la otra, serán excluídos éstos, y aquel le heredará: ibi. num. 28. pagin. 467.

Intestado muriendo el descendiente, y dexando dos abuelos por cada linea, ó dos

dos por la una, y uno por la otra, cómo partirán su herencia? ibi. n. 29. p. 463.

Intestado muriendo el descendiente, aunque dexe hermanos, ó sobrinos, no concurrirán con sus ascendientes á heredarle: ibi. n. 30. pag. dicha.

Intestado muriendo el descendiente, le sucederán sus ascendientes en todos sus bienes de qualquier calidad que sean sin distincion alguna: ibi. n. 31. p. 469.

Intestado muriendo el descendiente, y dexando dos ascendientes en igual grado, y por cada linea el suyo, cómo partirán sus bienes? ibi. num. 32. y 33. pag. 469. y 470.

Intestado muriendo el descendiente, dexando dos, ó mas ascendientes en igual grado, y teniendo el uno de éstos el usufructo de sus bienes, si será, ó no preferido en él á los otros? ibi. n. 34. y 35. p. 470. y 471.

Intestando muriendo alguno, y dexando solamente parientes transversales, quáles heredarán sus bienes? ibi. n. 36. pag. 472.

Intestado muriendo alguno, y dexando hermanos, ó parientes, cómo se han de contar los grados de parentesco para conocer quál debe heredarle? ibi. n. 37. y 38. pag. 473.

Intestado muriendo alguno, hasta qué grado há lugar la succesion de sus ascendientes, descendientes, y transversales? ibi n. 39. pag. 474.

Intestado muriendo alguno, y dexando hermanos enteros, y medios: ó sobrinos hijos de dos hermanos el uno entero, y el otro medio, quáles le heredarán? ibi. n. 40. 41. y 57. p. 474. 475. y 483.

Intestado muriendo alguno, y dexando un tio hermano entero de su padre, y otro tio hermano uterino de éste, ó uno entero, y otro consanguineo, ó primos hijos de varios hermanos de su padre, ó nietos de hermanos, cómo le heredarán: ibi. num. 42. y 43. pag. 475. y 476.

Intestado muriendo alguno, y dexando solamente hermanos enteros, le sucederán con igualdad: ibi. num. 48. pag. 478

Intestado muriendo alguno, y dexando un hermano entero, ó mas, y sobrinos hijos de otro hermano. ó

hermanos enteros, cómo partirán sus bienes? ibi. num. 49. pag 479.

Intestado muriendo alguno, y dexando solamente sobrinos hijos de dos, ó mas hermanos enteros premuertos, cómo le heredarán, ya sean iguales, ó desiguales en numero los de cada hermano? ibi n. 50. al 52. pag. 479. y 480.

Intestado muriendo alguno, dexando un hermano vivo con hijos, y sobrinos hijos de otro hermano muerto, si el hermano repudiare su parte de herencia, quién la llevará? ibi. num. 53. pag 481.

Intestado muriendo alguno, y dexando un tio hermano de su padre, ó madre, y asimismo hijos de un hermano suyo difunto, quiénes le heredarán? ibi. numer 54. pag. 482.

Intestado muriendo alguno, y dexando un tio hermano de su padre, ó madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre, ó madre, quáles entrarán en la succesion? ibi. num 55. pag. dicha.

Intestado muriendo un tio hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo, ó abuela, paterno, ó materno, quiénes le heredarán? ibi. num. 56. pag. 482. dicha.

Intestado muriendo alguno, y dexando solamente hermanos consanguineos, ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente: ibi. num. 58. pag. 483.

Intestado muriendo alguno, y dexando sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga medio hermano lo excluirán: ibi. num. 59. pag. dicha.

Intestado muriendo alguno, y dexando medios hermanos unos por una linea, y otros por la otra, cómo partirán sus bienes? ibi. num. 60. pag. 484.

Intestado muriendo alguno, y dexando sobrinos hijos de hermanos uterinos, y consanguineos: ó nietos, y demás descendientes de éstos: ó tios hermanos de padre, ó madre, ó de otros ascendientes, cómo dividirán su herencia? ibi. numer. 61. pag. 485.

Intestado muriendo alguno sin dexar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hi-

hijos de éstos, qué pariente le heredará; y quándo recaerá su herencia en el Fisco? ibi. num. 62. pag. dicha.

Intestado muriendo alguno, ya sea, ó no absolutamente, y dexando herederos forzosos, ó transversales, qué cantidad deberán distribuir en sufragios por su alma? ibi. num. 63. y 64. pag. 486. y 487.

Intestado muriendo alguno, y dexando dos, ó mas parientes, si el uno acepta su parte, y el otro repudia la suya, ó por otro motivo no puede haberla, á quién se acrecerá, ya haya, ó no substituto? libro 2. cap. 8. n. 73. y 74 pag. 534. y 535.

Intestado muriendo alguno, dexando un hijo vivo, y nietos hijos de otro hijo premuerto, si uno de los nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, á quién se acrecerá? ibi. num. 90. pag. 544.

Inventario. Inventario es el principio, y vasa de toda particion: lib. cap. y n. 1. pag. 9.

Inventario, qué significa, y por qué razones fue introducido? ibi. num. 2.

Inventario, quál se llama solemne, y quál simple; y en qué se diferencian? ibi. num. 3. pag. 10.

Inventario, en qué lugar, y ante qué Juez debe hacerse, ya tenga uno, ó dos domicilios el difunto? ibi. num. 4. y 5. p. 10. y 11.

Inventario, ante qué Juez debe hacerse, siendo instituídos por el lego varios herederos, y uno, ó mas de ellos Clerigo? ibi. n. 6. pag. 11.

Inventario, ante qué Juez debe hacerse, si el testador, y su heredero son Clerigos, ó el Clerigo lo es del lego? ibi. n. 7. y 8. pag. 12. y 13.

Inventario, qué presuncion hace acerca de los bienes en él contenidos? ibi. n. 9. y 10. pag. 17. y 18.

Inventario no prueba contra tercero: ibi. n. 11. p. 18.

Inventario solemne para que sea válido, qué requisitos son necesarios? ibi n. 14. al 41. pag. 20. á la 39.

Inventario debe hacerse de todos los bienes que dexó el difunto: ibi. num. 17. y sig. pag. 23.

Inventario se debe hacer de los libros, papeles, é instrumentos concernientes á

la herencia que dexó el difunto: ibi n. 19. p. 25.
Inventario se debe hacer de las deudas puras, condicionales, ó á dia cierto que tenia á su favor, ó contra sí el testador; y del debito del mismo heredero: ibi. n. 20. pag. 25.
Inventario se debe hacer de las cosas litigiosas, y de las agenas: ibi. num. 21. pag. 27.
Inventario se debe hacer de los frutos de los bienes libres, y vinculados del testador: ibi. n. 22. pag. 27.
Inventario se debe hacer de los vestidos de la muger, é hijos del difunto, excepto los quotidianos: ibi. n. 23. pag. 28.
Inventario se debe hacer del lecho quotidiano, con especificacion de los bienes de que se compone: ibi. n. 24. pag. 29.
Inventario se debe hacer de los bienes especificamente legados, aunque el legatario lo resista: ibi. n. 25.
Inventario se debe hacer de los bienes dotales, parafernales, y hereditarios de la muger, que existan: ibi. n. 26. pag. 29. dicha.
Inventario, si se deberá, ó no hacer del importe del daño que uno de los herederos causó en algunas alhajas de la herencia, y de el de las que substrajo de ella? ibi. num. 28. y 29. pag. 31.
Inventario, si se deberá, ó no hacer de los bienes que existen entre los de la herencia, y se duda si la pertenecen, ó no? ibi. n. 30. al 32. pag. 31. y 32.
Inventario solemne debe contener el dia, mes, año, y lugar en que se formaliza: ibi. n. 33. pag. 33.
Inventario debe formalizarse ante testigos en quienes concurran tres requisitos: ibi. n. 34 pag. 34.
Inventario, siendo impugnados por los testigos, si valdrá, ó no? ibi. n. 34. p. 35.
Inventario, si debe, ó no ser firmado por el que lo hace? ibi. n. 36. pag. 35.
Inventario, dentro de qué termino debe principiarse, y concluirse? ibi. n. 37. pag. 36.
Inventario, si deberá, ó no ser jurado por el que lo hace? ibi. n. 41. pag. 39.
Inventario, qué personas deben hacerlo? ibi. num. 42. pag. 40.
Inventario de bienes de menores, dentro de qué termi-

mino debe ser hecho por sus tutores, y en qué pena incurren si no lo hacen como deben, ú ocultan algunos? ibi. n. 46. al 49. pag. 44. y sig.

Inventario solemne, si deberá, ó no hacer el Fisco de los bienes que en él recaen, y estará, ó no obligado á mas que á lo que importen? ibi. n. 51. y 52. pag. 47.

Inventario solemne, si deberá, ó no hacer el padre de los bienes de sus hijos? ibi. n. 53. y 54. pag. 48. y 49.

Inventario solemne no están obligados á hacer marido, y muger sin hijos que no fueron instituídos herederos uno de otro: ibi. n. 55. pag 50.

Inventario debe hacer el usufructuario de los bienes del que se los dexó: ibi. n. 56. al 59. pag. 50. y sig.

Inventario hecho por uno de los herederos, si aprovechará, ó no á los demás que no intervinieron en él, ó á otro? ibi. n. 60. pag. 52.

Inventario, y aprecio por su justo valor. se debe hacer de la alhaja que el testador legó á alguno, aunque dixese que valia menos, y mandase que por este inferior precio se le diese: ibi. n. 99. pag. 78.

Inventario, si se viciará, ó no por haber omitido el heredero poner en él algunos bienes? ibi. n. 100. y 101. pag. 80. y 81.

Inventario, por quién se puede pedir que se haga? lib. 2. cap. 10. pag. 570.

Inventario, y tasacion de bienes á pedimento de parte con las diligencias de curaduría ad litem estendidas: dicho cap. 10. p. 571. á la 585.

Inventario de oficio por muerte intestada de alguno, con las diligencias correspondientes á declarar á un pariente del difunto por su heredero abintestato, y las de curaduría ad bona estendidas: cap. 10. cit. pag. 586. á la 598.

Inventario privado, qué es? lib. 3. cap. 1. n. 354. pag. 201.

J

J ante U.

JUez. Juez, si será, ó no preciso que presencie el inventario? lib. y cap. 1. n. 16. pag. 21. y 22. y nota final del lib. 3.

Juez, qué ha de practicar quando se encuentran algunos bienes entre los del difunto, y se duda si pertenecen, ó no á suherencia? ibi. n. 30. al 32. p. 31. y 32.

Juez, qué puede hacer quando los peritos, y el tercero están discordes en lavaluacion de los bienes? ibi. n. 81. pag. 68.

Juez no debe deferir á la reduccion á alvedrio de buen varon, por solo afirmar un heredero que la tasacion es injusta, si otro lo contradice: ibi n. 88. pag. 72.

Juez, quál debe ser el que conozca del juicio de ocultacion? ibi. n. 109. p. 85.

Juez, si deberá proceder ordinaria, ó sumariamente en el juicio de particion, y en los incidentes que en él ocurren? lib. 1. cap. 2. n. 21. al 25. p. 104. á la 106.

Juez puede elegir tercero quando los contadores nombrados para hacer la particion, están discordes: ibi. n. 33. y 34. p. 111. y 112.

Juez puede hacer á su arbitrio las adjudicaciones á los interesados en la herencia: ibi. n. 37. pag. 113.

Juez ordinario, y delegado no pueden enmendar, ni revocar su sentencia despues de publicada: ibi. n. 55. pag. 124. y lib. 3. cap. 1. n. 472. pag. 274.

Juez debe seguir la voluntad del testador en quanto á la division que dexa hecha de sus bienes: lib. 2. cap. 1. n. 5. pag. 10.

Juez debe hacer la division, y señalamiento de bienes á los hijos del testador, no haciendola éste: ibi. n. 6. pag. 11.

Juez debe hacer la aplicacion en una, ó mas fincas, ó alhajas integras de la herencia á la viuda, y herederos del difunto, y no dexarlas proindiviso entre todos, ó algunos de ellos: ibi. n 7. pag. dicha.

Juez, si el testador prohibe la division de su herencia, puede admitir esta excepcion oponiendola alguno de

de sus herederos, aunque los demás la pretendan, excepto en dos casos: ibi. n. 8. y 9. pag. 12.

Juez debe comunicar á los herederos la particion judicial, y oírlos sobre ella antes de proceder á su aprobacion: lib. 2. cap. 9. n. 1. pag. 552.

Juez, en qué casos no es necesario que intervenga en las particiones? vease la nota sexta puesta en el lib. 2. cap. 10. §. 2. pag. 676. y la ultima del lib. 3. p. 711.

Jueces, para qué fueron creados; y quáles se llaman ordinarios, y extraordinarios? lib. 3. cap. 1. num. 3. pag. 24.

Juez, quál se llama asi: y quál es su oficio? ibi. n. 7. pag. 26.

Juez, cómo debe proceder quando el Principe le manda *que oíga á uno, y le haga justicia*? ibi. n. 9. p. 27.

Jueces ordinarios, delegados, arbitros juris, y arbitradores, si podrán, ó no hacer juicio civil en dias feriados? ibi. n. 12. p. 29.

Juez no puede señalar las ferias repentinas: ibi. n. 13. al fin pag. dicha.

Juez debe conceder licencia, ó venia al hijo que está fuera de la patria potestad, para demandar civilmente á su padre: ibi. num. 17. pag. 30.

Juez puede compeler al padre á que dé licencia al hijo existente en su poder, para demandar á alguno, ó responder á la demanda que le hayan puesto: ibi. num. 18. pag. 31.

Juez debe nombrar curador á los mayores de doce, ó catorce años para comparecer en Juicio, si no quieren nombrarlo por sí; y de oficio á los pupilos, mudos, y sordos á nativitate, prodigos, locos, y mentecatos declarados: ibi. n. 25. pag. 33.

Jueces, y Alcaldes de Corte, y Chancillerías, qué pleitos no pueden tener por caso de Corte en la en que lo fueren? ibi. n. 47. al fin. pag. 44.

Juez de la causa, ya sea ordinario, ó delegado debe citar al reo ausente por requisitoria, y ésta ir documentada: ibi. num. 136. y 137. pag. 84.

Juez que cita legitimamente al reo, previene la jurisdicion, y debe conocer solo del negocio: ibi. n. 143. pag. 87.

Juez de la causa, cómo puede proceder contra el actor, y reo contumaces? ibi. n. 157. y 158. p. 92. y 93.

Juez, qué requisitorias ha de expedir á instancia del actor para substanciar el pleito civil ordinario, contra el reo contumaz domiciliado en otra jurisdicion; y si el requerido deberá, ó no cumplimentarlas? ibi. n. 160. al 164. p. 94. y 95.

Juez no debe emplazar en causas civiles á la muger honrada, y honesta á que vaya personalmente ante él: ibi. n. 167. pag. 97.

Juez prorrogado no puede executar la sentencia que profirió: ibi. n. 189. pag. 107.

Juez, qué excepciones debe definir al instante que las propone el reo, ó puede reservar para difinitiva? ibi. num. 190. pag. dicha.

Juez, quándo puede recibir el pleito á prueba, aunque el reo que formó articulo de no contestar, no haya contestado la demanda? ibi. num. 191. pag. 108.

Juez, quándo deberá, ó no suplir la excepcion que remueve la accion? ibi num. 218. al fin pag. 123.

Juez, dentro de qué termino debe recibir los autos á prueba despues de conclusos; y á quién se ha de hacer saber el que profiera? ibi. num. 274. y 275. pag. 154.

Juez inferior debe ver por sí, y no por relacion del Escribano, los autos, ni tener Relator: ibi. n. 276. y 464. pag. 155. y 270.

Juez debe recibir por sí mismo las posiciones, y juramentos de calumnia en pleitos de gravedad, y no cometer á otro su recepcion: ibi. num. 294. al fin pag. 166.

Juez, quando el testigo declaró ambiguamente, ó no dió razon de su dicho, puede hacer que aclare las dudas que de su deposicion resultan, aunque sea despues de hecha publicacion de probanzas: ibi. n. 321. pag. 185.

Juez, si podrá, ó no apremiar á los testigos á que vayan á declarar á su presencia, y examinarlos por sí, ó cometer á otro su examen? ibi. num. 327. pag. 187.

Juez de la causa debe embiar requisitoria al del Pueblo en que existen los testigos, pa-

para examinarlos, compulsar, y cotejar instrumentos, y hacer vista ocular: ibi. n. 328. pag. 188.

Juez, cómo debe gobernarse para dar la sentencia quando ambos litigantes prueban su intencion con testigos: ó se comprometieron en arbitros, ya ayan hecho, ó no pacto sobre si habia de determinar, ó no por sus dichos? ibi. num. 338. y 339. pag. 194.

Juez puede conceder termino arbitrario á los litigantes para probar su intencion, con tal que no exceda del legal: ibi. n. 366. pag. 209.

Juez, qué termino puede concederles para hacer su prueba dentro, ó fuera de los Puertos, ó en Provincias ultramarinas: y para que conceda el ultramarino, qué cosas son precisas? ibi. num. 367. y 368. pag. 210. y 211.

Juez, qué termino debe conceder para probar el hecho que acaeció en las Indias, ó en otros parages remotos? ibi. n. 369. pag. 211.

Juez, si podrá repeler, ó no los dichos de los testigos inhabiles para testificar; y qué inhabilidad pueden tener? ibi. n. 410. y 411. pag. 237. y 238.

Juez, quándo podrá haber los autos por conclusos? ibi. n. 416. pag 241.

Juez, quánto termino ha de conceder al que alega falsedad de los instrumentos para probarla? ibi. n. 417. pag. 242.

Juez, si podrá recibir de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion, y examinar segunda vez á instancia de parte al testigo que no lo fue por todas las preguntas del interrogatorio, ó que depuso confusamente? ibi. n. 419 pag. 243.

Juez siendo recusado, no vale lo que practique en el negocio sin el acompañado: ibi. num. 420. pag. 244.

Juez, en qué estado del pleito, y por qué causas puede ser recusado? ibi. n. 421. y 422. pag. 245.

Juez letrado ordinario, ó delegado secular, cómo ha de ser recusado, y con quién debe acompañarse, ya sea, ó no Alcalde de Corte? ibi. num. 423. al 425. pag. 247. y 248.

Juez ordinario, ó delegado, secular recusado, y su

acompañado no conformandose en la sentencia, qué se debe practicar, ya sea civil, ó criminal la causa? ibi. n. 426. al 428. pag. 248. y 249.

Juez acompañado, si deberá, ó no asistir con el recusado en su audiencia, y jurar que administrará justicia? ibi. n. 429. p. 249.

Juez impetrado para conocer de cierto negocio, ó ante quien puso su demanda el actor, si podrá, ó no ser recusado por éste? ibi. n. 430. pag. 250.

Juez lego, en qué causas debe nombrar, ó no asesor letrado: si éste podrá ser recusado: y quántos pueden serlo en un pleito? ibi. n. 431. y 432. pag. 250. y 251.

Juez eclesiastico ordinario, ó delegado, quándo ha de ser recusado: quién ha de conocer de las causas de su recusacion: cómo se ha de proceder en ella: y si el delegado recusado podrá, ó no subdelegar? ibi. n. 434. al 436. pag. 253. y 254.

Jueces compromisarios, cómo han de ser recusados? ibi. n. 437. pag. 254.

Juez mero, ó mixto executor, si podrá, ó no ser recusado? ibi. n. 438. pag. 255.

Juez de residencia, cómo ha de ser recusado: con quién debe, ó no acompañarse: y no conformandose con el acompañado en la sentencia, si se executará, ó no alguna de las dos? ibi. n. 439. pag. 256.

Jueces togados, para que se admita su recusacion, qué requisitos deben intervenir: por qué medios, y dentro de qué termino se han de probar las causas de ella: y en qué pena incurre el que no las prueba, ó se aparta de la recusacion, ó de la segunda suplicacion en los casos de la Ley de Segovia? ibi. n. 440. al 443. pag. 256. á la 258.

Jueces que entienden en algun negocio, no deben suspender su curso, quando el Rey, ó Tribunal superior les pide algun informe, excepto en un caso: ibi. n. 449. pag. 262.

Juez, y Escribano que entienden en la causa executiva, no deben suspender su curso aunque el executado les muestre certificacion de haber pre-

tendido moratoria en el Concejo con suspension de las diligencias, excepto en un caso: ibi. n. 450. pag. dicha.

Juez, si hace condenacion de frutos, é intereses en la sentencia, debe tasarlos, y no remitirlo á contadores: ibi. n. 458. pag. 267.

Jueces inferiores, y Alcaldes de Corte deben examinar por sí los autos á presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos, ni tener Relator: ibi. n. 464. pag. 270.

Jueces superiores, é inferiores deben atender á la verdad para dar su sentencia, y no detenerse en las solemnidades prescriptas por derecho para el orden de enjuiciar: ibi. n. 465. pag. 271.

Juez inferior, si duda justamente de la sentencia que ha de proferir, qué debe hacer? ibi. num. 466. pag. dicha.

Juez, qué debe practicar quando el que pide una cosa por otra, corrige su error en el mismo juicio: ó la que prueba es diversa de la que demandó? ibi. num. 467. pag. 272.

Juez, qué sentencias, ó autos puede, ó no reformar, revocar, y declarar? ibi. n. 472. y 473. pag. 274. y 275.

Juez que se dexa sobornar, en qué penas incurre; y cómo se puede probar el soborno? ibi. n. 491. pag. 288.

Juez delegado, si podrá, ó no conceder restitucion *in integrum* contra su sentencia, y conocer de su nulidad? ibi. num. 495. al fin pag. 290.

Jueces ordinario, y delegado, si podrá, ó no executar su sentencia? ibi. num. 501. y 502. pag. 294.

Jueces arbitros, si podrán, ó no executar su sentencia, y expedir requisitorias fuera del territorio para hacer probanzas las partes? lib. 3. cap. 2. num. 4. pag. 356.

Juez incompetente, si podrá compeler al deudor á que reconoza el vale; y para qué aprovechará este reconocimiento á su acreedor? ibi. n. 26. pag. 368.

Juez, qué cosas debe tener presentes para despachar la execucion? ibi. n. 116. pag. 417.

Juez, cómo debe despachar el mandamiento executivo,

vo, y á quién se ha de entregar? ibi. n. 117. pag. 420.

Juez, qué debe practicar quando resulta ser agenos los bienes en que se trabó la execucion? ibi. n. 123. pag. 425.

Juez que entiende en la execucion puede conocer de la nobleza del executado? ibi. n. 152. pag. 445.

Juez goza del privilegio de nobleza durante su oficio: ibi. n. 155. pag. 446.

Juez mixto executor, qué excepciones podrá admitir, y difinir contra la execucion de la sentencia? ibi. n. 274. y 275. pag. 509.

Juez requerido, si podrá, ó no conocer, y definir las excepciones que ante él opone el tercero poseedor? ibi. n. 276. y 277. p. 510.

Juez, quándo puede absolver, ó condenar al executado, ó recibir el pleito á prueba? ibi. num. 278. y 279. pag. 511.

Juez, si deberá, ó no sentenciar la causa de remate, y condenar en la decima, y costas al executado, que dentro de las setenta y dos horas, ó despues depositó parte de la deuda, consintiendo se entregase al acreedor, y probó en los diez dias legales tener satisfecho el resto? ibi. num. 280. y 281. pag. 512.

Juez, qué sentencia debe dar quando el executado por accion Real opone excepciones obstativas del progreso executivo, y las prueba en los diez dias de la ley? ibi. n. 283. p. 513.

Juez debe sentenciar la causa de remate, si el executado por accion personal no se opone á la execucion, ó aunque se oponga, no prueba en el termino legal la excepcion que alegó: ibi. num. 284. p. 514.

Juez, qué debe hacer quando el executado por accion personal alega que no puede probar su excepcion por existir sus testigos fuera del Arzobispado, ú Obispado? ibi. num. 285. pag. dicha.

Juez no puede ofrecer *prometido* para que suban las posturas á los bienes que se subastan: ibi. n. 296. al fin pag. 521.

Juez, y sus Ministros no deben comprar los bienes que se venden en almoneda: ibi. n. 314. pag. 530.

Juez ante quien se forme el concurso, quién debe ser? lib.

lib. 3. cap. 3. n. 11. pag. 607.
Jueces de la Real Hacienda, ó sus Delegados, que hacen las ventas coactas para pagar al Fisco, deben conocer de la controversia que se suscite sobre lesion, eviccion, ú otra cosa, aunque goce de fuero el que la promueve: ibi. num. 86. al fin pag. 651.
Juez del concurso, cómo ha de proceder para asegurar al censualista vitalicio, ó alimentario sus pensiones? ibi. n. 111. p. 667.
Juicio. Juicio de ocultacion de bienes de la herencia, ante qué Juez se ha de intentar, y cómo se ha de proceder en él? lib. y cap. 1. n. 108. y 109. p. 84. y 85.
Juicio de particion, si será ordinario, ó sumario? libro 1. cap. 2. n. 21. al 23. pag. 104. y 105.
Juicio divisorio, qué cosas vienen á él? ibi. num. 56. pag. 125.
Juicio, *causa*, *pleito*, *instancia*, y *controversia*, en qué se diferencian? lib. 3. cap. 1. n. 4. p. 24.
Juicio, qué es, y para qué fue establecido? ibi. n. 5. pag. 25.
Juicio para ser constituido, qué personas se requieren de substancia? ibi. n. 6. y 7. pag. 25. y 26.
Juicio, quál se llama ordinario, extraordinario, y sumario? ibi. n. 8. p. 26.
Juicio, quál se llama civil, criminal, y mixto? ibi. num. 10. pag. 27.
Juicio, quál se llama petitorio, posesorio, difinitivo, interlocutorio, y mixto? ibi. num. 11. pag. 28.
Juicio no pueden hacer los Jueces ordinarios, delegados, y arbitros juris en dias feriados: ibi. num. 12. pag. 29.
Juicio, quiénes pueden, ó no comparecer en él en causas civiles, y criminales? ibi. n. 14. al 28. pag. 29. á la 34.
Juicio civil ordinario, por qué cosa debe principiar; si podrá por declaracion jurada del demandado; qué preguntas debe hacerle el demandante; y si estará, ó no obligado á responder á ellas? ibi. n. 122. al 124. pag. 77. y 78.
Juicio civil ordinario, quándo se podrá, ó no principiar por sequestro de bienes? ibi. n. 125. pag. 78.
Juicio civil ordinario, en qué casos se podrá, ó no prin-

ci-

cipiar por informacion de testigos antes de la contestacion? ibi. n. 126. al 128. pag. 79. y 80.

Juicios posesorios, quántos son? ibi. n. 248. p. 141.

Juicios petitorio, y posesorio, quándo se podrán, ó no cumular? ibi. n. 267. al 270. p. 150. á la 152.

Juicios posesorio, y petitorio, ante qué Juez se han de seguir? ibi. n. 271. y 272. pag. 152.

Juicio petitorio intentandolo el actor, si podrá dexarlo, y bolver al posesorio, y quándo? ibi. n. 273. p. 153.

Juicio executivo, á qué fin se introdujo? lib. 3. cap. 2. num. 1. pag. 354.

Juicio de concurso, cómo se ha de substanciar, y seguir hasta difinitiva entre los acreedores sobre preferencia? lib. 3. cap. 3. n. 29. al 31. p. 618. y 619.

Juramento. Juramento, si se deberá, ó no interponer en el inventario solemne? lib. 1. cap. 1. n. 41. p. 39.

Juramento in litem no há lugar contra los herederos del tutor por el dolo de éste, excepto en un caso: ibi. num. 50. pag. 46.

Juramento de los perítos nombrados para valuar bienes, quál ha de ser, y cómo se llama? ibi. n. 71. p. 61.

Juramento de dar, ó hacer el legatario alguna cosa mandandole el testador que lo haga, si deberá hacerlo, y le obligará, ó no para poder percibir el legado? lib. 2. cap. 6. n. 82. pag. 407.

Juramento sobre lo actuado interponiendo el menor que no tiene curador, y compareció en juicio, no puede pretender restitucion, aunque sea leso: libro 3. cap. 1. n. 24. p. 32.

Juramento, qué es, y qual se llama *asertorio*, *promisorio*, y *confirmatorio*? ibi. num. 103. pag. 67.

Juramento, quál se llama de *calumnia*; quiénes pueden, y deben, ó no hacerlo; y sobre qué cosas ha de recaer? ibi. n. 104. al 108. pag. 68. á la 70.

Juramento, quál se llama de *malicia*, y en qué se diferencia del de *calumnia*? ibi. num. 109. y 110. p. 70.

Juramento de *dezir verdad*, quál es; quiénes pueden hacerlo, y sobre qué cosas; y en qué se diferencia del de *calumnia*? ibi. numer. 111. pag. 71.

Juramento *decisorio litis*, quál

quál se llama voluntario, necesario, ó supletorio, y judicial; quiénes pueden hacerlo, y quándo; y qué efectos produce? ibi. numer. 112. al 114. pag. 72. á la 74.

Juramento *decisorio litis*, ya sea voluntario, necesario, ó judicial, para que surta sus efectos, qué cosas se requieren en el que lo hace? ibi. num. 115. y 116. pag. 74.

Juramento *in litem*, quál es; quién, y por qué debe hacerlo; y qué circunstancias son necesarias para que se defiera á él? ibi. num. 117. y 118. pag. 74. y 75.

Juramento *in litem*, sobre qué cosas debe recaer? ibi. num. 119. y 120. pag. 75. y 76.

Juramento *in litem*, quándo habrá, ó no lugar contra el tutor, y sus herederos? ibi. num. 121. pag. 76.

Juramentos de calumnia, y sobre posiciones, quién debe recibirlos en pleitos de gravedad? ibi. num. 294. al fin pag. 166.

Juramento decisorio litis, si hará, ó no probanza en juicio? ibi. n. 297. p. 168.

Juramento, quándo se debe recibir á los testigos; y siendo juramentados en tiempo habil, si podrán ser examinados en dia feriado, y colendo, y fuera del termino probatorio? ibi. num. 298. p. dicha.

Juramento, cómo se ha de recibir á los testigos Catholicos? ibi. num. 304. y 305. pag. 173. y 174.

Juramento, cómo lo han de hacer los litigantes Catholicos? ibi. n. 306. p. 176.

Juramento, cómo lo han de hacer los Judios, y Moros? ibi. num. 307. y 308. pag. dicha.

Juramento, cómo ha de ser hecho por los Eclesiasticos seculares, Religiosos, y Caballeros cruzados? ibi. num. 309. pag. 177.

Juramento, cómo se ha de recibir á los Hereges, y Gentiles, ó Idolatras? ibi. num. 310. pag. dicha.

Juramento, cómo lo han de hacer los Arzobispos, y Obispos; y en qué cosas, é Iglesias está prohibido hacerlo? ibi. num. 311. pag. 177.

Juramento, cómo deben hacerlo los peritos, y tercero en discordia? ibi. numer. 340. pag. 194.

Juramento, quál debe hacer el

el que pide el termino ultramarino? ibi. num. 368. pag. 211.

Juramento, quál debe hacer el que en segunda, ó tercera instancia pide restitucion del termino probatorio sobre excepciones nuevas, ó sobre las que fueron repelidas en la primera? ibi. num. 396. pag. 229.

Juramento, quál debe hacer el que tacha á los testigos? ibi. num. 403. pag. 232.

Juramento, quál debe hacer el que produce instrumentos despues de la conclusion, ó alega falsedad de ellos? ibi. n. 417. p. 242.

Juramento debe interponerse en la recusacion de los Jueces, Escribanos, y Relatores: ibi. num. 423. 434. 440. 444. y 445. p. 247. 253. 256. y 259.

Juramento litis decisorio, si traerá, ó no aparejada execucion? lib. 3. cap. 2. numer. 19. pag. 363.

Juramento deben hacer acreedor, y deudor, quando hay intereses, para que se pueda despachar la execucion: ibi. n. 39. p. 377.

Juramento, quál debe hacer el que pide la execucion? ibi. n. 116. pag. 417.

Juramento interpuesto por el lego en las obligaciones en que está prohibido interponerlo, es excepcion legitima contra la via executiva: ibi. n. 234. p. 489.

Juramento debe interponer el concursante en las listas, ó memoriales de bienes, y acreedores que forme: lib. 3. cap. 3. n. 13. pag. 608.

Jurisdicion. Jurisdicion habiendo en muchos Pueblos de la herencia, ó uno solo con ella, cómo se ha de dividir? lib. 1. cap. 2. n. 62. y 63. p. 129. y 130.

Jurisdicion de algun Pueblo tocando á muchos dueños, cómo la han de exercer? ibi. num. 64.

Jurisdicion, de quántas maneras se puede prorrogar? lib. 3. cap. 1. num. 178. al 181. pag. 101. y 102.

Jurisdicion se puede prorrogar expresamente: ibi. numer. 182. pag. 102.

Jurisdicion, quándo se entenderá, ó no prorrogada tacitamente? ibi. n. 183. al 187. pag. 103. y 104.

Jurisdicion, por qué actos judiciales no se prorroga tacitamente? ibi. num. 188. pag. 105. y 106.

Juros. Juros, cómo se deben inventariar, y regular, y qué

qué se debe hacer para considerar su justo valor? lib. y cap. 1. n. 99. cerca del fin pag. 79.

Juros, situaciones, y libranzas dadas por el Rey, ó por sus Ministros contra los Tesoreros, cobradores, y arrendadores de su Real Haber, quándo traerán aparejada execucion? libro 3. c. 2. n. 53. p. 386.

Justicia. Justicia, qué es? libro 3. cap. 1. n. 2. p. 23.

L

L ante E.

Lecho. Lecho quotidiano, cómo se debe inventariar? lib. y cap. 1. n. 24. pag. 29.

Lecho quotidiano corresponde por derecho al viudo, y viuda, y se les debe abonar: lib. 1. cap. 6. n. 56. pag. 381.

Lecho, quál se llama quotidiano, y qué cosas se comprenden en él? ibi. n. 57. pag. dicha.

Lecho quotidiano, de dónde se debe deducir ya haya, ó no gananciales? ibi. numer. 58. y 59. pag. 382.

Lecho quotidiano no habiendo gananciales, y sí deudas, si tendrá, ó no derecho á él la viuda? ibi. n. 60. al 63. pag. 283. á la 285.

Lecho quotidiano, si en qualquiera tiempo que la viuda se case deberá restituirlo á los herederos de su marido, ó podrá disfrutarlo durante su vida? ibi. n. 64. y 65. pag. 386.

Lecho quotidiano, si se deberá adjudicar en los bienes de que se compone, ó podrá ser en dinero, ó en otras cosas? ibi. num. 66. pag. 388.

Legado. Legado de alguna cosa siendo hecho por el testador á hijo, ó estraño, se ha de inventariar, y tasar por lo justo, aunque dixese que valia menos, y hubiese mandado que por este inferior precio se le diese: lib. y cap. 1. n. 99. pag. 78.

Legados hechos por el testador, quándo podrán demandarlos á su heredero los legatarios? ibi. n. 40. pag. 38.

Legado annuo, usufructo, y pension, ó renta vitalicia

llevando la muger en dote, si se communicarán, ó no á su marido? lib. 1. capit. 4. num. 26. al 28. pagin. 222.

Legado annuo, y usufructo, en qué se diferencian? libro 1. cap. 7. n. 8. p. 396.

Legado haciendo simplemente el testador del usufructo de un fundo á alguno, y de su propiedad á otro, cómo lo dividirán? ibi. n. 29. pag. 408.

Legado de usufructo de un fundo haciendo el testador á alguno, qué es visto legarle con él? ibi. n. 32. pag. 410.

Legado del usufructo de todos sus bienes haciendo el testador que tiene hijos, á su muger, ó á otro estraño, en qué valdrá? ibi. n. 33. y 34. pag. 411.

Legado de usufructo de todos sus bienes haciendo el testador á alguno, qué cosas se comprenden en él, y qué deberá percibir el legatario, ya estén pendientes, ó mostrados los frutos quando fallece el legante? ibi. n. 35. y 36. pag. 413.

Legados especificos, quién los pagará, si el testador dexa el usufructo del quinto á su muger, ó á otro estraño, y la propiedad de él á sus descendientes legitimos? lib. 2. cap. 1. numer. 37. pag. 31.

Legados genéricos, y especificos, de dónde se deben deducir quando el testador á falta de herederos legitimos instituye por tales á sus hermanos, y lega el quinto á un hijo natural, ó espurio? ibi. n. 38.

Legados, de quál quinto se han de baxar quando el padre dona uno en vida por contrato irrevocable á un hijo, y lega otro en ultima disposicion á otro hijo? ibi. n. 40. y 41. p. 32. y 33.

Legados, gastos del funeral, y Misas del testador, de dónde se deben sacar quando éste donó por contrato irrevocable el quinto, ó cosa que debe imputarse en él, á un hijo, ó á estraño? ibi. n. 42. al 48. pag. 34. á la 38.

Legado del quinto haciendo el testador á su muger, ó á un hijo, y consignandoselo en cierto fundo que lo importa, si el legatario pagando, ó no los gastos funerarios, Misas, y legados, llevará, ó no el quinto integro, y los frutos que durante la proindivision de

de la herencia produjo el fundo? ibi. n. 50. p. 40.

Legado haciendo el padre á un hijo en ultima disposicion, é instituyendole por su heredero igualmente con los demás, ó simplemente, si se le imputará el legado en parte de legitima, ó se entenderá mejora, ó donacion? lib. 2. cap. 2. n. 33. y 34. p. 98. á la 100.

Legado de mucho valor haciendo el testador á un descendiente, y no disponiendo del quinto, si se imputará primero al legatario en tercio, y quinto, ó en legitima? ibi. n. 35. y 36. pag. 100. y 101.

Legados deberá pagar el mejorado en el tercio quando se lo mandó su padre, no dispuso del quinto, y caben en éste: ibi. num. 54. pag. 115.

Legados, si se sacarán, ó no del tercio quando el padre mejoró en él á un hijo, y á otro en el quinto, caben en éste, y mandó que aquel los satisfaciese, ó que para ellos entregase al del quinto la mitad del tercio? ibi. num. 55. pag. dicha.

Legado hecho por el padre á su hijo para que case con cierta muger, se concep-

túa revocado en caso que ésta fallezca antes del matrimonio: ibi. num. 72. al fin pag. 124

Legado que el marido hizo á su muger se entiende revocado, si despues se divorcian: ibi. num. 76. al fin pag. 126.

Legados, Misas, y gastos funerarios del descendiente, si se deberán deducir del cuerpo de su caudal, ó del tercio que dexa á alguno, ó por su alma? lib. 2 cap. 4. n. 15. al 18. pag 320. á la 322.

Legado, ó manda, qué es? lib. 2. cap. 6. n. 1. pag 369.

Legados, quáles se llaman forzosos, y voluntarios, genéricos, y especificos; qué accion compete al legatario para su percibo; quándo se le transfiere su dominio; y en qué lugar se le deben entregar? ibi. num. 2. al 4. pag. dicha, y sig.

Legado especifico de cosa propia del testador, ó agena, si pertenecerá, ó no al legatario con el aumento que tenga? ibi. n. 5. y 6. pag. 371.

Legado de fundo, ù otra cosa haciendo el testador, si la enagenó, ó parte de

ella, ó se arruinó, ó la reedificó despues de arruinada, si la llevará, ó no el legatario? ibi. n. 7. y 8. pag. 372.

Legado de los bienes del heredero, si podrá hacer el testador, y valdrá, ó no? ibi. n. 9. y 10. pag. dicha.

Legado de cosa agena, quándo valdrá; y á qué estará obligado el heredero? ibi. num. 11. pag. 373.

Legado de cosa que el testador tiene empeñada en poder de alguno, si valdrá, y á qué está obligado su heredero? ibi. n. 12. pag. dicha.

Legado haciendo el testador á su deudor de la prenda que tenia en su poder por via de seguridad del débito, si valdrá, ó no, y qué derecho compete á los herederos del legante? ibi. num. 13. y 140. pag. 374. y 438.

Legado de las cosas no nacidas, si valdrá, ó no? ibi. num. 15. pag. 375.

Legado de cosa existente en otra parte, si valdrá; y á qué está obligado el heredero? ibi. n. 16. pag. 376.

Legado de cosas incorporeas, si valdrá, ó no, y el heredero estará obligado á entregarlo al legatario? ibi. num. 17. pag. dicha.

Legado haciendo el testador de un fundo, ó cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ó esperanza de adquirirlo, qué debe dar el heredero al legatario? ibi. n. 18. al 20. pag. 376. y 377.

Legando el testador que tiene muchas cosas de una especie, una de ellas á un sugeto, y otra á otro, sin distinguir; si la una es mas preciosa que la otra, y los dos legatarios discordan en la eleccion, quál deberá elegir? ibi. n. 21. y 22. pag. 378. y 379.

Legado de cantidad cierta haciendo el testador al hijo, ó hija que le naciere; si nacieren dos, ó mas, ó lo hiciere distributivamente, cómo lo partirán? ibi. num. 23. pag. 379.

Legado de cierta suma haciendo el testador, que tiene facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo unico con que se halla, al hijo, ó hija que luego le nazca, y nacen dos de un parto, si la partirán, ó no? ibi. numer. 24. pag. 380.

Legada siendo á un sugeto una

una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro; si uno de estos legatarios succede despues al colegatario, qué conseguirá? ibi. num. 25. y 26. pag. dicha.

Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie, ó genero, y expresando la qualidad, ó accesorio que se halla solamente en alguna, ó algunas de ellas, á quál tendrá derecho el legatario? ibi. n.27. pag. 381.

Legando el testador cosa especifica á uno, y cantidad determinada de dinero á otro, si se encuentra solamente en su herencia la cosa especifica, si será preferido el legatario de ésta, ó el nombrado primero, ó la partirán? ibi. num. 28. pag. 382.

Legando el testador una cosa especifica, ó suma cierta dos, ó mas veces, no estará obligado el heredero á darla al legatario mas que una vez: ibi. n. 29. pag. dicha.

Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo, ó en otra escritura; ó cantidades diversas, y desiguales en el numero; ó dos, la una puramente, y la otra con condicion, qué llevará el legatario? ibi. n. 30. y 31. p. 383.

Legando el testador sus vestidos, plata, caballos, siervos, &c. ó fundando mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, de quáles se entiende hacer el legado, ó fundacion? ibi. num. 32. p. 384.

Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno, y teniendo tambien hijos varones; ó legandola á sus hijos, y teniendo hijas, si se estenderá, ó no á todos el legado? ibi. n. 33. pag. dicha.

Legando el testador lo que tiene en cierta parte, y poniendo despues en ella, ú otro por su mandado, ó sin su ciencia algunas cosas mas, si tocará todo al legatario? ibi. n.34. p.385.

Legando el testador sus vestidos, ú otras cosas suyas de cierto genero que tiene en parte determinada, y poniendo alli otras del mismo genero que no son suyas, no tocan al legatario: ibi. n. 35. p. dicha.

Legando el testador á su muger,

ger, ó á otro el trigo que tiene en su trox, ó en otro parage, si despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece al legatario: ibi. num. 36. pag. cit.

Legando el testador á alguno tanto quanto habrán el heredero, ó herederos que instituye, ó tanto quanto tiene uno de sus herederos, qué llevará el legatario? ibi. n. 37. p. 386.

Legado, ó mejora haciendo el testador á dos de sus herederos, nombrandolos por sus propios nombres, ó por nombres apelativos, ó gravandolos á pagar algun débito, ó legado, cómo lo dividirán? ibi. n 41. pag. 387.

Legando el testador una casa, si despues se destruye, y la reedifica, ó no, y esta segunda casa se arruina, ó le lega solamente la area, qué llevará? ibi. n 42. pag. 388.

Legando el testador á dos personas junta, ó apartadamente alguna cosa, cómo la partirán? ibi. n. 43. pag. dicha.

Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó no la puede percibir, se acrece al superstite: ibi.

Legado de cosa que adquirió el legatario antes, ó despues de la muerte del testador, si valdrá, ó no? ibi. n. 52. al 54. p. 392.

Legado con que fue gravado el heredero, si deberá pagarlo, y se entenderá gravado tambien con él el substituto? ibi. n. 55. p. 393.

Legado del débito, quándo valdrá, y perjudicará, ó no á los herederos del legante; y el de liberacion, ó remision de quál débito se entiende hecho? ibi. n. 56. al 58. p. 393. á la 395.

Legado de liberacion del débito, de quántas maneras puede hacerse, y qué efecto produce la liberacion? ibi. n. 59. y 60. p. 395. y 396.

Legados, de quántas maneras pueden hacerse, y quál se llama puro? ibi. n. 61. pag. 397.

Legado siendo hecho puramente, qué acciones competen al legatario para pedirlo al heredero? ibi. n. 62. pag. dicha.

Legado *in diem* quál se llama, y quándo se puede pedir, ya sea cierto, ó incierto el dia señalado? ibi. n. 63.

n. 63. y 64. p. 398.
Legado *in diem*, á quién pasa, si el legatario muere antes qne el testador? ibi. n. 65. pag. 399.
Legados haciendo el testador, y mandando se entreguen despues de la muerte de su muger, si muriendo antes los legatarios, pasarán á sus herederos, ó á los del testador? ibi. num. 66. pag. 400.
Legado de cierta suma que cabe en el quinto, haciendo el testador que tiene hijos legitimos, á una hija natural para casarse, si muriendo antes que su madre, pasarán á ésta, ó á los hijos del legante? ibi. n. 67. y 68. pag. 400. y 401.
Legados, é instituciones pueden hacerse con condicion: y qué es esta? ibi. n. 69. pag. 402.
Legado siendo hecho con condicion potestativa, qué debe hacer el legatario para percibirlo? ibi.
Legado siendo hecho con condicion casual, ó contingente, quándo tendrá derecho á él el legatario? ibi. num. 70. pag dicha.
Legado hecho con condicion cierta, ó necesaria, vale, y lo percibirá el legatario: ibi. n. 71. pag. 403.
Legado con condicion mixta de casual, y potestativa, ya consista la condicion en hecho, ó en derecho, quándo lo percibirá el legatario? ibi. n. 72. al 74. pag. dicha, y 404.
Legado siendo hecho con condicion de presente, de preterito, ó de futuro, si lo llevará, ó no el legatario? ibi. n. 75. pag. 404. dicha.
Legado hecho con condicion tacita, ó expresa, quál es, de quántas maneras puede ser la tacita, y si lo llevará, ó no el legatario? ibi. n. 76. al 80. p. 405. y 406.
Legado hecho con condiciones, que consisten en dar, ó hacer, ó son prohibitivas, si lo llevará, ó no el legatario? ibi. num. 81. y 82. pag. 407.
Legado con condicion posible, ó imposible, quál es; y si la condicion impedirá al legatario su percibo, ó en los contratos los viciará, ó no? ibi. n. 83. al 85. pag. 407. y 408.
Legado siendo hecho baxo de cierto modo, quándo tocará, ó no al legatario, ó á sus herederos? ibi. numer. 86. y 87. p. 409.

Le-

Legado que es hecho con demostracion, si lo llevará el legatario? ibi. num. 88. pag. 410.

Legado hecho con causa, si valdrá, ó no aunque ésta sea falsa? ibi. n. 89. y 90. pag. 411.

Legados siendo hechos con modo alternativo, si tocarán, ó no al legatario? ibi. num. 91. pag. dicha.

Legado siendo hecho con muchas condiciones copulativas que miran á un solo fin, ó á diversos, si lo llevará, ó no el legatario? ibi. n. 92. y 93. pag. 412. y 413.

Legado siendo hecho á muchos con una condicion, ó á unos con ella, y á otros no, si lo percibirán los legatarios? ibi. n. 94. p. 413.

Legados pueden ser revocados expresa, y tacitamente: ibi. n. 100. p. 416.

Legados, quándo se entienden revocados, aunque el testador no los revoque? ibi. n. 101. al 104. p. 417. y 418.

Legado de lana, ó lino siendo hecho simplemente, qué cosas se comprenden en él? ibi. n. 105. p. 418.

Legado de carro, ó carreta que tiene bestia para tirar de él, si lo llevará, ó no con ésta el legatario? ibi. num. 106. pag. dicha.

Legado, en qué casos no se revoca? ibi. n 107. y 108. pag. 418 y 419.

Legados graciosos, ó voluntarios, de dónde se deben deducir, ya el testador dexe ascendientes, descendientes, ó estraños por herederos? ibi. n. 109. y 110. pag. 420.

Legado vitalicio hecho por el padre á un hijo Religioso, cómo se ha de baxar? ibi. n. 110. al medio, pag. 421.

Legados pios, ó graciosos que no caben en el quinto, ó tercio, siendo hechos á estraño por el testador que dexa ascendientes, ó descendientes, cómo se han de deducir? ibi. num. 111. pag. dicha.

Legados pios, ó graciosos que no caben en el quinto, si se prorratearán entre el legatario de éste, y de aquellos, y entrarán en el prorrateo los especificos como los genéricos? ibi. n. 112. y 113. p. 422.

Legado de cosa integra siendo hecho á dos, ó mas en una clausula, ó en clausulas separadas, si uno de los le-

legatarios no percibe su parte, se acrece al conjunto; excepto que sea admitido al legado por derecho especial: ibi. n. 114. y 115. p. 423. y 424.

Legado de liberacion del débito se acrece entre los deudores mancomunados: ibi. n. 116. p. 424.

Legado no se acrece en quanto á su propiedad, quando no hay conjuncion entre los legatarios: ó si la hay, es legal solamente; excepto en algunos casos: ibi. n. 117. al 119. p. 425. y 426.

Legados, si se acrecerán, ó no con la carga á los conjuntos con conjuncion verbal, y real, ó con la real; ó pasarán al substituto, ó herederos del testador, quando uno de los legatarios repudia su parte, ó no puede haberla? ibi. n. 120. al 123. p. 426. y 427.

Legado siendo hecho á dos, si el uno vende su parte, y el otro repudia la suya, se acrece al comprador, y no al conjunto: ibi. n. 124. pag. 428.

Legados haciendo el marido á su muger, si se compensarán, ó no con ellos la dote, y bienes parafernales que llevó? ibi. n. 125. al 129. p. 428. á la 431.

Legado haciendo el marido á su muger, si se compensarán, ó no con él las arras que la ofreció? ibi. numer. 130. pag. 431.

Legado haciendo el marido á su muger, no se compensarán con él los gananciales que la tocan: ibi. num. 131. pag. 432.

Legado que el padre hace á su hija impubere, si se compensará, ó no con la dote que en teniendo edad para casarse debe darla? ibi. n. 132. pag. 434.

Legado haciendo el marido á su muger de sus vestidos, quáles se entiende legarla, y se comprenden en el legado general de vestidos? ibi. n. 133. al 135. p. 434. y 435.

Legado hecho por el deudor á su acreedor, quándo valdrá, y se compensará, ó no con lo que le debe, ya sea necesario, ó voluntario el débito? ibi. n. 137. al 139. p. 436. y 437.

Legado hecho por el acreedor á su deudor de la prenda que tiene en su poder para seguridad de la deuda, en qué vale; y si habrá, ó no lugar la compensacion? ibi. n. 140. p. 438.

Legado de cantidad, si se compensará con la especie que se debe; ó quando son diferentes especies; ó con las deudas que se deben por ley al superstite? ibi. num. 141. p. dicha.

Legado haciendo el testador con modo colectivo á un hermano vivo, y á los hijos de otro hermano muerto: ó á un estraño, y á los de otro estraño, sin especificar sus nombres; si los hijos estaban nacidos, cómo le heredarán? lib. 2. cap. 7. n. 67. p. 489.

Legado haciendo el testador á sus hermanos, si se entenderán llamados tambien á él los hijos de otro hermano muerto? ibi. n. 71. pag. 491.

Legado dividiendolo el testador en quatro partes: nombrando á tres sugetos por legatarios de las tres, y no haciendo mencion de la quarta, cómo dividirán ésta? lib. 2. cap. 8. num. 8. al fin pag. 501.

Legado dexando el testador á varios, si no les señala la parte que cada uno ha de percibir, lo dividirán igualmente: ibi. n. 35. p. 514.

Legado, deuda, ó fideicomiso siendo dexados en testamento, quándo por ellos se podrá despachar execucion? lib. 3. cap. 2. num. 32. pag. 371.

Legado dexado por el testador en su ultima enfermedad al Confesor que en ella le confiesa, ó á su Iglesia, Convento, ó pariente, es nulo, y el Escribano incurre en pena: ibi. n. 33. pag. dicha.

Legados pios, si serán, ó no preferidos á los profanos? lib. 3. cap. 3. n. 56. p. 632.

Legatarios. Legatarios, si deberán, ó no ser citados para el inventario? lib. y cap. 1. n. 14. y 15. p. 20. y 21.

Legatarios, quándo podrán demandar sus legados al heredero? ibi. n. 40. p. 38.

Legatario de cosa especifica del testador, ó agena, si la llevará, ó no con el aumento, ó menoscabo que tubo desde que se la legó? lib. 2. cap. 6. num. 5. al 8. pag. 371. y 372.

Legatario no debe percibir mas que una vez la cosa que el testador le legó muchas veces en su testamento, ni su importe: ibi. numer. 29. pag. 382.

Legatario, qué llevará, quando el testador lega simplemen-

mente cierta cantidad á uno en su testamento, y despues la misma en codicilo, ó en otra Escritura; ó cantidades diversas, y desiguales en el numero; ó dos, la una puramente, y la otra con condicion? ibi. num. 30. y 31. pag. 383.

Legatario, qué percibirá, si el testador le lega tanto quanto habrán el heredero, ó herederos que instituye; ó tanto quanto tiene uno de sus herederos? ibi. numer. 37. pag. 386.

Legatario, qué llevará quando el testador impuso á sus herederos, ó á uno solo el gravamen de darle cierta suma? ibi. num. 38. y 39. pag. 386.

Legatario, de quién percibirá el legado que el testador le hizo, eximiendo de su solucion á uno de sus herederos? ibi. num. 40. pag. 387.

Legatarios, cómo deben partir la alhaja que fue legada á dos junta, ó apartadamente; y á quién se acrecerá la parte del que fallece antes que el testador; ó la repudia; ó por algun motivo no puede percibirla? ibi. n. 43. p. 389.

Legatario que sucede al conjunto en la cosa legada, si podrá aceptar su parte, y repudiar la de éste, ó al contrario, ya se haya impuesto gravamen al uno, y no al otro? ibi. num. 44. pag. dicha

Legatario no puede aceptar, y repudiar en parte el legado que en una clausula, y oracion le hizo el testador: ibi. num. 45.

Legatario muriendo despues que el testador sin aceptar, ni repudiar el legado, y dexando varios herederos, si podrán éstos aceptar, ó repudiar sus partes, ya sea hecho el legado de una, ó mas cosas señaladas, y en una oracion, ó en diversas, y con gravamen á una cosa, y á otra no? ibi. num. 46. al 49. pag. 390. y 391.

Legatario á quien el testador legó de dos cosas la que quisiese, si elige la una no puede arrepentirse. Si queda la eleccion á arbitrio de tercero, quándo podrá hacerla, si éste no la hace? Y si dexa á dos junta, ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma: ó fue legada á uno á su eleccion:

muere sin haberlo hecho: y discordan sus herederos, qué se debe hacer? ibi. n. 50. y 51. p. 391. dicha.

Legatario, qué acciones le competen para pedir el legado que se le hizo puramente? ibi. n. 62. p. 397.

Legatario, quándo puede pedir el legado *in diem*, ya sea cierto, ó incierto el dia señalado? ibi. n. 63. y 64. pag. 398.

Legatario si muere antes que el testador, á quién pasará el legado in diem? ibi. num. 65. pag. 399.

Legatario, qué debe practicar para percibir el legado hecho con condicion potestativa? ibi. n. 69. p. 402.

Legatario, quándo tendrá derecho al legado hecho con condicion casual, ó contingente? ibi. n. 70. pag. dicha.

Legatario tiene derecho al legado hecho con condicion cierta, ó necesaria: ibi. num. 71. pag. 403.

Legatario, quándo percibirá el legado hecho con condicion mixta de casual, y potestativa, ya consista la condicion en hecho, ó en derecho? ibi. n. 72. al 74. pag. 403. y 404.

Legatario, si llevará, ó no el legado hecho con condicion de presente, preterito, ó futuro? ibi. n. 75. pag. 404.

Legatario, si percibirá, ó no el legado hecho baxo de cierto modo? ibi. n. 86. y 87. pag. 409.

Legatario, en qué casos le competirá, ó no eviccion contra los herederos por el legado que el testador le hizo, y se le quitó en juicio? lib. 2. cap. 9. numer. 29. al 33. y num. 35. pag. 566. á la 568.

Legatario, si tendrá, ó no hipoteca tacita en los bienes del testador, por el legado que le hizo? lib. 3. cap. 3. n. 56. pag. 632.

Legitima. Legitima, á quién se debe, y de quántas maneras puede ser? lib. 2. capit. 1. num. 2. pag. 9.

Legitima no se debe á los hijos hasta que su padre muere, excepto que quiera darsela: ibi. num. 10. y 11. pag. 13.

Legitima puede dar en vida el padre á sus hijos con tal que su entrega no les sea nociva: ibi. num. 12. pag. 13.

Legitima, por qué se llama asi; quánta estubo señalada en lo antiguo á los hijos

jos legitimos; y quánta tienen hoy en estos Reynos de Castilla ? lib. 2. cap. 2. num. 1. pag. 77.

Legitima precisa, y necesaria de todos los descendientes legitimos del testador no lo son las quatro partes de sus bienes, excepto que quiera igualarlos : ibi. n. 2. pag. 78.

Legitimacion. Legitimacion, desde quándo se conoce? lib. 2. cap. 1. n. 72. p. 56.

Legitimacion, qué es, qué efectos produce, y de quántas maneras se puede hacer ? ibi. num. 73. p. 58.

Legitimacion por el subsequente matrimonio, cómo se hace, y en qué casos vale, ó no ? ibi. num. 74. al 79. pag. 58. á la 61.

Legitimacion por rescripto del Principe, cómo se hace ? ibi. n. 80. pag. 62.

Ley. Ley 29. de Toro que manda colacionar la dote, donacion propter nuptias, y demás donaciones que los ascendientes hacen á sus descendientes, se estiende, y explica : lib. 2. cap. 3. num. 119. y 120. pag. 253. y 254.

Ley 25. de Toro se estiende, y explica : ibi. num. 142. y 156. pag. 272. y 288.

Ley 19. de Toro se estiende. y explica : ibi. num. 154. pag. 284. y 285.

Ley 23. de Toro se estiende, y explica : ibi. num. 155. pag. 286. y 287.

Ley 26. de Toro se estiende, y explica : ibi. num. 157. pag. 289.

Leyes, y fueros de los regnicolas, y extrangeros, se deben observar en la decision de los pleitos sobre contratos : lib. 3. cap. 1. num. 359. pag. 204.

Lesion. Lesion habiendo en la valuacion de los bienes de la herencia, qué remedios competen al leso para evitarla ? lib. y cap. 1. numer. 87. pag. 72.

Lesion, ó engaño que haya en la dote, se debe deshacer en qualquiera cantidad que sea : lib. 1. cap. 3. n. 9. pag. 147.

Lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, ó enormisima, conteniendo las particiones, se pueden impugnar, y rescindir : lib. 2. cap. 9. num. 3. al 8. pag. 553. á la 555.

Lesion padeciendo el menor en la particion, puede ser restituído, excepto en dos casos : ibi. num. 15. al 17. pag. 558. á la 560.

Lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, no se admite por excepcion contra el instrumento executivo: lib. 3. cap. 2. num. 248. pag. 495.

Lesion, ó menor edad alegando el executado, si se le admitirá, ó no por excepcion, y será, ó no restituido? ibi. n. 252. p. 496.

Lesion, si deberán probar la Iglesia, y menor, para que se les restituya; ó bastará que la aleguen? ibi. n. 253. pag. 497.

Lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, si se podrá, ó no alegar en las ventas coactas que se celebran para pagar al Fisco: y qué Juez debe conocer de la controversia que sobre ella, ó sobre eviccion, ú otra cosa se suscite? lib. 3. cap. 3. numer. 86. pag. 651.

Libros. Libros, papeles, é instrumentos tocantes á la herencia se deben inventariar: lib. y cap. 1. n. 19. pag. 25.

Libros, ó escritos reprobados, yervas, ú otros simples ponzoñosos, se deben quemar, y no partir entre los herederos: lib. 1. cap. 2. n. 19. p. 103.

Libros que el padre da á su hijo para estudiar, ya exerza, ó no oficio público de enseñar, si estará, ó no obligado á colacionarlos? lib. 2. cap. 3. n. 77. y 78. p. 228. y 229.

Libro de quentas, qué es? lib. 3. cap. 1. n. 354. p. 201.

Libro de quentas que los Mercaderes, y otras personas tienen en su poder, contra quién prueban? ibi. n. 356. pag. 203.

Libros, papeles originales, padrones, y protocolos no deben sacarse de los archivos, y Oficios en que existen custodiados? ibi. num. 383. p. 221.

Licencia. Licencia, quiénes deben pedirla, y á qué personas para demandarlas? lib. 3. cap. 1. n. 17. al 20. pag. 30. y 31.

Lineas. Lineas de succesion, quántas se conceptúan en el derecho? lib. 2. cap. 7. num. 2. pag. 453.

Litigantes. Litigantes, en qué casos deben dar poder especial á sus Procuradores para enjuiciar, y éstos no deben ser admitidos sin él? lib. 3. cap. 1. num. 29. pag. 34.

Litigantes Catholicos, Judios, ó Moros, cómo han

de ser juramentados? ibi. n. 306. al 308 p. 176.
Litigantes Eclesiasticos seculares, y regulares, y Caballeros de las Ordenes Militares, cómo deben jurar? ibi. n. 309. p. 177.
Litigantes Hereges, y Gentiles, cómo han de ser juramentados? ibi. n. 310. pag. dicha.
Litigantes Arzobispos, y Obispos, cómo han de jurar? ibi. n 311. p. 177.
Litigantes, si omiten articular algunos particulares en el interrogatorio principal, pueden ponerlos en otro, ó en pedimento: ibi. numer 329. pag. 189.
Litigantes son correlativos, y entre ellos se debe guardar igualdad: ibi. n. 372. pag. 214.
Litigantes, para qué han de tomar los autos, recibida que sea la causa á prueba; y quál deberá tomarlos primero? ibi. n. 376. y 377. pag. 216. y 217.
Litigante, quándo debe, ó no ser condenado en las costas que causó á su contendor? ibi. n. 468. y 469. pag 273.
Litigante temerario siendo pobre, si deberá estár preso, dar fiador, ó tomarsele sus vestidos por las costas en que fue condenado, ó por los derechos que en defenderse devengó; y quál se llama pobre? ibi. num. 470. pag. dicha.
Litigante que obtuvo sentencia en lo principal, qué debe hacer quando el vencido apeló, ó no de ella, y el Juez no le condenó en las costas, habiendolo pedido? ibi. n. 471. p. 274.
Litigante vencedor, qué ha de practicar para que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, quando el vencido no apeló dentro del termino legal; ó si apeló, y se le admitió la apelacion, no presentó la mejora en el competente? ibi. num. 475. al 477. p. 276. y 277.
Litigante executado, y vencido debe ser condenado en las costas procesales que causó á su contendor: lib. 3. cap. 2. num. 342. pag. 444.
Litigante vencido, en qué casos no deberá ser condenado en costas? ibi. n. 343. pag. 545.

L ante O.

Locador tiene hipoteca tacita

ta en los bienes que existen en la cosa locada, y en sus frutos, por el alquiler, y por el daño que el conductor le causó en ella: libro 3. cap. 3. n. 58. p. 633.

Lucro. Lucro de la sociedad renovada por el socio, herederos, y viuda del consocio, se debe comunicar entre todos; y tambien el percibido de la cosa de la anterior, aunque no se renueve: lib. 1. capit. 4. num. 93. pag. 271.

Lucro adquirido de cosa que no es de la sociedad, no se la comunica: ibi. n. 94.

Lucro adquirido por el hijo con caudal de su padre, ó en caso de duda, si deberá, ó no comunicarlo con sus hermanos? lib. 2. cap. 3. n. 83. p. 235.

Lucro torpemente adquirido, no viene al juicio divisorio, y se debe restituir á su dueño: ibi. n. 89. p. 236.

Luto. Luto, quándo deberán dar, ó no á la viuda los herederos de su marido; y si deberá restituirlo, casandose dentro del año de su viudedad? lib. 1. cap. 6. num. 52. p. 375.

Luto, si se ha de sacar del cuerpo de caudal, ó del quinto de los bienes del difunto? ibi. n. 53. p. 376. y sig.

Luto de los herederos, si se sacará del cuerpo de caudal, ó del privativo haber de cada uno; y quiénes pueden traerlo solamente? ibi. n. 54. p. 379.

Lutos de la viuda, y herederos no se comprenden entre los gastos funerarios: lib. 2. cap. 4. n. 14. p. 320.

M

Madre. Madre, quándo podrá, ó no prometer dote á una hija de los gananciales sin licencia de su marido, y valdrá la promesa? lib. 1. cap. 4. n. 102. y 103. p. 277.

Madre, si despues de haber prometido con su marido dote á una hija de ambos, renunciare los gananciales, de dónde se la ha de pagar? ibi. n. 104. p. 278.

Madre, en qué casos está obligada á dotar á su hija natural? ibi. n. 116. p. 287.

Madre, ó abuela, que es, ó no curadora de su hija, ó nie-

nieta, y administradora de sus bienes, si la dota, de quáles se presume dotarla? ibi. num. 117. y 118. pag. dicha, y 288.

Madre, y padrastro si ofrecen juntos dote, ó donacion al entenado, ó entenada, de qué bienes se conceptúa hecha la oferta? ibi. num. 119. p. 288.

Madre teniendo hijos legitimos puede dexar solamente el quinto á los naturales; y en defecto de aquellos son sus herederos forzosos éstos, aunque tenga ascendientes: lib. 2. cap. 1. num. 61. p. 47.

Madre si exhereda injustamente, ó preterie á sus hijos naturales, pueden romper su testamento, aunque tenga ascendientes: ibi. n. 62. p. dicha.

Madre, y sus ascendientes deben criar, y alimentar á sus hijos ilegitimos, pudiendo: ibi. n. 64. al fin pag. 49.

Madre adultera incurre en pena de muerte por el adulterio, y solo puede dexar el quinto á sus hijos adulterinos: ibi. num. 65. pag. 50.

Madre puede dexar por herederos á sus hijos habidos de un consanguineo suyo: ibi. n. 66. p. 51.

Madre libre puede dexar sus bienes á sus hijos habidos de hombre casado: ibi. n. 67. pag. 52.

Madre redimiendo á un hijo de captiverio, ó en caso de no administrar sus bienes, dandole alimentos, si se entenderá mejorado el hijo; ó se le imputarán en legitima? lib. 2. cap. 2. n 31. pag. 97.

Madre, qué bienes está obligada á reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios? lib. 2. cap 5. n. 3. al 6. y n. 9. p. 336. á la 338. y 340.

Madre está obligada á afianzar los bienes reservables de sus hijos: ibi. num. 14. pag. 344.

Madre del postumo estraño instituído heredero, no tiene derecho á ser alimentada de los bienes del instituyente; excepto en dos casos: lib. 2. cap. 8. n. 43. al medio pag. 517.

Otras especies veanse en la palabra Muger.

Marido. Marido, y muger sin hijos, que no fueron instituídos herederos uno del otro, no están obligados á hacer inventario so-

lemne de los bienes del difunto: lib. y cap. 1. n. 55. pag. 50.

Marido, si podrá, ó no restituir en vida la dote á su muger? lib. 1. cap. 3. n. 5. pag. 144.

Marido, y sus herederos, en qué especie deben restituir la dote valuada con estimacion que causó venta? ibi. num. 6. 7. y 8. p. 145. á la 147.

En quál la consistente en bienes apreciados con estimacion que no la causó? ibi. num. 10. p. 148.

En quál si consiste en ganados, ó en otras especies; y á quién pertenece su incremento, ó decremento? ibi. num. 11.

En quál si consiste en bienes que se pesan, miden, ó cuentan, ó no; ó en ganados que no producen, y se le entregaron sin aprecio, ya haya, ó no gananciales: y á quién pertenece su aumento, ó pérdida? ibi. num. 12. 13. y 14. pag. 149. y 150.

Consistiendo en ganados productivos no apreciados, ya tengan, ó no hijos, ó crias, y haya, ó no gananciales en el matrimonio, qué debe hacer el marido? ibi. num. 15. y 16. pag. 151.

Si vendió los bienes dotales no apreciados para pagar el debito contraído constante matrimonio, ó el suyo privativo, á qué está obligado? ibi. n. 17. y 18. pag. 152.

En qué casos toca al marido el deterioro, ó pérdida de los bienes dotales no estimados? ibi. n. 19. p. 153.

Marido que no convirtió la dote en el fin para que se le dió, si deberá, ó no pagarla de su privativo haber, ó se deducirá del cuerpo del caudal? ibi. n. 20. pag. 153. y 154.

Marido no cobrando la dote consistente en deudas á favor de su muger, si deberá, ó no responder de su importe, ya sean ascendientes de ella, ú otros los deudores, y las deudas necesarias, ó voluntarias? ibi. n. 21. al 23. pag. 155. y 156.

Marido haciendo gastos en cobrar la dote consistente toda, ó parte en deudas, si serán de su quenta, y deberá compensarlos con los frutos, ó la disminuirán? ibi. num. 24. y 25. p. 156. á la 158.

Marido comprando con el di-

dinero que es, ó no dotal, alguna finca con consentimiento de su muger, ó sin él, si se le tranferirá el dominio de ella como el del dinero, y la finca se subrogará, y constituirá dotal, ó no? y qué sucederá, si una cosa dotal se trocáre por otra; y en qué precio se ha de aplicar á la muger? ibi. n. 26. al 28. p. 159. y 160. y cap. 4. n. 17. p. 214.

Marido no puede enagenar los bienes raíces dotales de su muger, aunque ésta lo consienta verbalmente: ibi. n. 39. pag. 170.

Marido, quándo estará, ó no obligado á reintegrar á su muger del valor de sus bienes paraphernales? ibi. n. 42. al 45. pag. 171. á la 173.

Marido, si podrá, ó no vender, y enagenar los bienes paraphernales de su muger con su consentimiento, y se la deberá abonar, ó no su importe? ibi. n. 46. al 48. pag. 173. y 174.

Marido, habiendo vendido sin consentimiento de su muger sus bienes paraphernales, si podrá ésta sacarlos al comprador, ó se la abonará, ó no su importe? ibi. n. 49. al 52. pag. 174. y 175.

Marido habiendo enagenado sin consentimiento de su muger sus bienes paraphernales, si debera, ó no abonarla la mitad de los frutos que pudieron haber producido desde su venta, ó enagenacion? ibi. n. 53. pag. 176.

Marido hace suyos, y debe haber los frutos de los bienes dotales, y paraphernales de su muger: ibi. n. 55. y 56. pag. 178. y cap. 5. n. 39. pag. 319.

Marido debe sacar el capital que puso en la conyugal sociedad, en caso de que haya gananciales que partir, ó no resulten deudas contra el caudal de ella: ibi. n. 57. pag. 179.

Marido llevando al matrimonio, ó heredando durante éste bienes consistentes en numero, peso, ó medida, los perderá si se consumieron, y no hay gananciales; pero no en caso de haberlos: ibi. n. 61. y 62. pag. 181.

Marido, si entró en su matrimonio ganado productivo sin apreciar que se murió, y hay gananciales; ó lo vendió por voluntad, ó

necesidad, qué valor sacará por él? ibi. n. 63. y 64. pag. 182.

Marido, si alimenta á sus padres, ó alimenta, ó dota durante el segundo matrimonio algun hijo del primero, debe recibir en quenta de su haber el gasto que en ello haga: ibi. n. 74. pag. 190.

Marido retrayendo durante matrimonio el fundo patrimonial, se comunica á los conyuges el precio del retracto: lib. 1. cap. 4. n. 13. pag. 212.

Marido se constituye dueño de los gananciales, y no siendo castrenses, ni quasi castrenses, los puede vender, y enagenar constante matrimonio: ibi. n. 30. pag. 225. y n. 62. pag. 244.

Marido debe participar de los gananciales que su muger adquiera mientras está separada de él sin causa justa: ibi. n. 49. al fin pag. 237.

Marido, y muger, si reciprocamente se separan, hacen suyos los bienes que respectivamente adquieren: ibi. n. 50. pag. 238.

Marido, haciendo gastos en las fincas dotales de su muger no estimadas, ya sean utiles, ó necesarios, cómo ha de ser reintegrado de ellos? ibi. n. 75. al 78. pag. 254. á la 257.

Marido, mejorando los bienes dotales, mandando á sus herederos que los entreguen libremente á su muger, y habiendo frutos pendientes en ellos, si se la deberán, ó no dar sin desquento? ibi. n. 79. y 80. pag. 258.

Marido, siendo engañado en la cantidad que su muger prometió llevar en dote, no está obligado á pagarla enteramente las arras que la ofreció: lib. 1. cap. 6. n. 19. pag. 348.

Marido casandose muchas veces, si podrá ofrecer en arras la decima parte de sus bienes á todas sus mugeres, y cómo se han de deducir? ibi. n. 28. pag. 354.

Marido, ó esposo, no queriendo dar, ni ofrecer arras á su futura esposa, si podrá darla joyas, ó preséas, y vestidos, y hasta qué cantidad teniendo hijos de otro matrimonio; y si ganará estas dadivas no llevando dote? ibi. n. 29. pag. 355.

Marido, en caso de ofrecer arras, y dar joyas, ó preséas, y vestidos á su esposa, si valdrá todo, ó ésta podrá elegir, y dentro de qué termino? ibi. num. 30. pag. dicha.

Marido, instituyendo á su muger por usufructuaria de todos sus bienes, y entre éstos dejando cierta porcion de dinero que sus herederos ignorando su disposicion, emplearon en algun tráfico, si deberán entregar á su viuda las utilidades del dinero, ó solamente su capital? lib. 1. cap. 7. n. 37. pag. 413.

Marido, y muger viudos, que teniendo hijos, ó descendientes de sus anteriores matrimonios, se buelven á casar, qué deben reservarles? lib. 2. cap. 5. num. 3. al 9. pag. 336. á la 340.

Marido, y muger viudos bolviendo á casarse, si harán suyos los frutos que algun hijo de su anterior matrimonio dexa pendientes en sus bienes quando fallece? ibi. n. 10. pag. 341.

Marido, y muger viudos, que teniendo hijos se buelven á casar, si deberán, ó no afianzar la responsabilidad de los bienes reservables? ibi. n. 14. y 15. pag. 344.

Marido ha de presenciar el juramento de la declaracion que en juicio haga su muger: lib. 3. cap. 1. n. 27. al fin pag. 33.

Marido, y su heredero, si constante matrimonio podrán fulminar, ó no contra su muger causa criminal? ibi. n. 28. pag. 34.

Marido por la dote que se le prometió con su muger, tiene hipoteca tacita en los bienes del promitente: lib. 3. cap. 3. n. 52. p. 630.

Mejoras. Mejoras hechas en la finca emphiteutica perpetua, cómo se han de dividir? lib. 1. cap. 2. n. 72. pag. 134.

Mejoras hechas en la alhaja emphiteutica, y el precio del emphiteusi de *nominacion*, debe colacionar el hijo nombrado á su obtencion: ibi. num. 73. pag. dicha.

Mejoras, ó aumento intrinseco que sobreviene á la alhaja del socio, no se comunican á los consocios: lib. 1. cap. 4. n. 18. pag. 215.

Mejoras hechas en los bienes de mayorazgos, no son co-

mu-

municables á la muger, hijos, ni herederos del que las hizo: ibi. n. 72. pag. 251.

Mejoras, ó aumentos hechos en los bienes libres de marido, y muger, cómo se han de dividir? ibi. n. 73. y 74. pag. 253. y 254.

Mejoras, ó gastos hechos por el marido en las fincas dotales de su muger, no estimadas, ya sean utiles, ó necesarias, cómo se han de dividir? ibi. n. 75. al 78. pag. 254. á la 257.

Mejoras haciendo el marido en los bienes dotales; mandando que sus herederos entreguen libremente á su muger los que llevó; y habiendo frutos pendientes en ellos, qué deberán darla? ibi. n. 79. y 80. pag. 258.

Mejora hecha por la madre á uno de sus hijos, se aumentará, si el padre posee todos los bienes en comun, y éstos se aumentan naturalmente durante su proindivion: ibi. n. 98. p. 272.

Mejora del tercio haciendo el padre á un hijo, consignandosela en finca lucrada constante matrimonio, y entregandosela, si valdrá en el todo, ó solamente en su mitad? ibi. n. 111. pag. 283.

Mejora de tercio, y quinto pueden hacer los padres á sus hijos legitimos, aunque no tengan mas que uno vivo, si tienen otro posthumo: lib. 2. cap. 2. n. 2. pag. 78.

Mejora de tercio, y quinto entre legitimos descendientes, debe ser una sola en vida, y muerte: ibi. n. 3. pag. 79.

Mejora de tercio, y quinto pueden hacer los abuelos á sus nietos, aunque no tengan mas que un hijo, y éste sea padre de ellos: ibi. n. 6. y 7. pag. 80. y 81.

Mejora de tercio, y gravamen puesto en él, si valdrá, ó no en caso que el padre no tenga mas que un hijo? ibi. n. 8. al 11. pag. 82. á la 84.

Mejora de tercio, y quinto pueden consignar los ascendientes á sus descendientes en bienes ciertos, haciendo por sí mismos, y no por otros la consignacion: ibi. n. 12. al 15. pag. 85. á la 87.

Mejora consignada en bienes ciertos, si se podrá pagar, ó no en dinero, ya sea legitimo, ó estraño el mejo-

jorado ? ibi. n. 16. al 19. pag. 88. á la 90.
Mejora del tercio, si podrá ser gravada, y condicionada, y qué orden se ha de observar en el gravamen de restitucion ? ibi. n. 21. al 24. pag. 91. á la 93.
Mejora, de quántas maneras se puede hacer, y quándo se entiende que la hay, aunque no se exprese? ibi. n. 29. al 32. pag. 96. y 97.
Mejora del tercio, y quinto haciendo el testador á sus descendientes, quál se deducirá primero, si éste, ó aquel; y á qué bienes se ha de tener consideracion para la deducion del tercio ? ibi. n. 46. al 51. pag. 109. á la 113.
Mejora del tercio haciendo el padre á un hijo, ó descendiente, y no disponiendo del quinto, quál se ha de baxar primero; y cómo se ha de hacer la deducion en caso que los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados, no solo quepan en el quinto, si no que sobre algo de éste ? ibi. n. 52. y 53. pag. 113. y 114.
Mejora del tercio haciendo el ascendiente á un descendiente, y mandando que de él pague los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, si deberá, ó no pagarlos ? ibi. n. 54. pag. 115.
Mejora en el tercio haciendo el padre á un hijo, y á otro en el quinto, y mandando que aquel, y no éste pague los gastos, y legados referidos, si deberá pagarlos? ibi. n. 55. pag. dicha.
Mejora que hacen en contrato, ó ultima disposicion los ascendientes á sus descendientes, pueden revocarla hasta su muerte: ibi. n. 56. pag. 116.
Mejora, si se entenderá revocada quando el padre la hace en testamento á un hijo, y en codicilo á otro: ó en el propio testamento, ó en otro acto continuo la hace á dos hijos con separacion; ibi. n. 57. y 58. pag. 117.
Mejora se entiende revocada si el padre la hace á un hijo de cierta suma que tiene en parte determinada, con la qual compra un fundo, y despues lo vende; pero no, si éste existe en su poder quando muere: ibi. n. 59. pag. 118.
Mejora de tercio, y quinto, ó de uno solo, no se entien-

tiende revocada quando por parte de su importe consigna el padre al hijo ciertos creditos que despues cobra, si deposita su importe, ó compra con él alguna cosa: ibi. num. 60. pag. dicha.

Mejora hecha en testamento se entiende revocada quando el mejorante lega despues en codicilo un fundo al mejorado, y le manda contentarse con él; pero no, si en el mismo testamento se lo lega: ibi. n. 61. pag. 119.

Mejora, ó legado hecha en testamento, si se entenderá, ó no revocada por el empeño de la cosa consignada para su pago? ibi. n. 62. pag. dicha.

Mejora, ó legado hechos en testamento, si se entenderán, ó no revocados por la enagenacion voluntaria, ó necesaria de la finca en que se consignaron? ibi. n. 63. pag. cit.

Mejora se puede constituir de tres modos: ibi. n. 65. al 68. pag. 121. á la 123.

Mejora hecha por nombramiento de quota cierta, si se entenderá, ó no revocada por la enagenacion de la misma quota, ó parte de ella en contrato oneroso, ó lucrativo? ibi. n. 65. y 66. p. 121. dicha.

Mejora hecha en cosa cierta, si se entenderá, ó no revocada por su enagenacion necesaria, ó voluntaria? ibi. n. 67. pag. 122.

Mejora por nombramiento de quota consignada en cosa determinada, si se entenderá, ó no revocada por la enagenacion voluntaria, ó necesaria de la misma cosa, con titulo oneroso, ó lucrativo? ibi. num. 68. pag. 123.

Mejora, si convalecerá, ó no quando el padre, ó algun estraño enagenó voluntariamente el fundo en que habia mejorado á su hijo, ó á otro, y despues lo redime, ó compra, y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte? ibi. n. 70. y 71. pag. 124.

Mejora del tercio, si se conceptuará revocada quando el padre la hizo á un hijo para que se casase con cierta muger, y ésta fallece antes de verificarse el matrimonio: ó quando consta haberla hecho no solo por causa del matrimonio, si no por contemplacion del mismo hijo? ibi. n. 72.

y

y 73 pag. dicha.
Mejora haciendo el padre á favor de alguno de sus hijos con consignacion en cosa cierta, si despues la enagena, y compra otra, se subrroga ésta en su lugar: ibi. n. 74. pag. 125.
Mejora hecha por el padre de sus cosas propias á un hijo, y además de otra agena, con la condicion de, *si fuere suya al tiempo de su muerte*: si luego la compra, y entrega al mejorado, se entiende parte de su total? ibi.
Mejora que hizo el testador á uno de dos herederos suyos, quándo se revocará por la hecha posteriormente á otro; y quándo si la hace á entrambos por una misma causa, y revoca luego la del uno? ibi. n. 75. pag. dicha.
Mejora hecha por el padre á su hijo, si se presumirá revocada por haber sobrevenido enemistad entre ellos? ibi. n. 76. pag. 126.
Mejora revocable hecha por contrato, sigue la naturaleza de la formalizada en ultima voluntad: ibi. n. 77. pag. dicha.
Mejora revocable hecha por el padre á uno de sus hijos: ó no teniendo mas que uno, entregandole la mayor parte de sus bienes, si se entenderá, ó no revocada por la supernascencia de otros? ibi. n. 78. y 79. pag. 127.
Mejora por contrato entre vivos puede hacerse irrevocable, y lo será excepto en quatro casos: ibi. n. 80. pag. 129. y 130.
Mejora de tercio, y quinto hecha á un descendiente, si la podrá, ó no revocar el mejorante en quanto al quinto como al tercio? ibi. n. 81. pag. 131.
Mejora del tercio hecha por los padres á alguno de sus hijos con entrega de la posesion de los bienes que la completan, si despues adquirieron otros, si será, ó no revocable respecto de éstos? ibi. n. 82. y 83. pag. 132. y 133.
Mejorando el padre á un hijo en ultima disposicion con entrega posterior de los bienes de la mejora, si se constituirá, ó no irrevocable? ibi. n. 84. pag. 133. dicha.
Mejorando el padre, ó madre á un hijo en el tercio de sus bienes, señalandoselo en cosa cierta sin ex-

presar mas, si no equivale á su importe, qué llevará el mejorado? ibi. n. 85. pag. 134.

Mejorando generica, y simplemente el padre á un hijo, sin expresar en quanto, ni señalar la cosa, ó cantidad en que quiere sea mejorado: si lo será en el tercio, ó quinto, ó en ambos? ibi. n. 86. p. dicha.

Mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote, y casamiento, no pueden ser las hijas por sus padres, ni les compete la eleccion que prescribe la Ley 29. de Toro: ibi. n. 87. y 88. pag. 136.

Mejoradas pueden ser las hijas en ultima disposicion, y valdrá la mejora, excepto en dos casos: ibi. n. 89. y 90. pag. 138. y 139.

Mejorado puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, pagando á prorrata las deudas del mejorante: ibi. n. 102. y 103. p. 146.

Mejora de tercio, y quinto haciendo el padre, ó madre á dos, ó mas hijos suyos por ultima disposicion, ó donacion causa mortis, si el uno fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo no puede haberla, á quién se acrecerá? ibi. n. 104. al 106. pag. 147. y 148.

Mejora por contrato revocable, ó irrevocable entre vivos haciendo el padre, ó madre á dos, ó mas hijos, si el uno fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo no puede llevarla, á quién se acrecerá? ibi. n. 107. al 110. pag. 148. á la 151.

Mejoras utiles, y no otras hechas por el padre en la alhaja del emphiteusi de *nominacion*, debe colacionar su hijo, si acepta su herencia: lib. 2. cap. 3. n. 106. al 109. pag. 246. y 247.

Mejoras hechas en dicho emphiteusi, si deberá, ó no pagarlas el estraño nombrado á su goze? ibi. num. 112. pag. 249.

Mejoras se sacaban antiguamente de los bienes que los descendientes colacionaban: ibi. n. 141. p. 271.

Mejoras no se deben sacar hoy de las dotes, donaciones propter nuptias, y demás donaciones que los descendientes traen á colacion, y particion: ibi. n. 142. pag. 272.

Mejora no se debe sacar de la

la dote prometida, al modo que tampoco de la entrega á la hija: ibi. n. 143. y 144. pag. 274.
Mejora se debe sacar de la donacion propter nuptias, ú otra con causa necesaria, quando antes de hacerla el testador habia mejorado irrevocablemente á algun descendiente: ibi. n. 145. pag. 275.
Mejora posterior se debe deducir de la dote inoficiosa anterior: ibi. num. 146. y 147. pag. 277. y 278.
Mejora expresa hecha en ultima disposicion, cómo se ha de deducir quando el testador hizo en vida á un hijo donacion simple que no consumió, ni completó el total de la mejora de todos sus bienes; y de quántos modos se puede girar la quenta? ibi. n. 148. al 162. pag. 279. á la 296.
Mejora expresa hecha por el padre en contrato irrevocable, ú oneroso á un hijo en el tercio de sus bienes con entrega de parte de ellos, cómo se ha de deducir; y si para la deduccion se deberá hacer cumulacion verbal, y numerica de lo entregado? ibi. n. 163. al 165. pag. 297. á la 299.
Mejora del tercio hecha por el padre en ultima disposicion á un hijo á quien antes tenia hecho donacion propter nuptias, ú otra con causa, y se la habia entregado, cómo se ha de deducir? ibi. n. 166. pag. 300.
Mejora de tercio, y quinto hecha por el padre en ultima disposicion á un hijo, cómo se deducirá quando teniendo varios hijos, entregó á todos en vida su legitima corta, y se quedó solamente con el tercio, y quinto? ibi. num. 167. y 168. pag. 301.
Mejora de tercio, y quinto, cómo se ha de deducir quando la viuda debe llevar la quarta marital, ya su marido haya mejorado irrevocablemente antes de casarse con ella á un hijo de su anterior matrimonio, ó despues á él, ó á otro del segundo? ibi. n. 175. al 178. pag. 308. y 309.
Mejora del tercio, y quinto hecha por el padre á un hijo de qualquiera de sus matrimonios, cómo se deducirá quando la madre falleció, y despues de ella abintestato sin succesion una hija que fue dotada

por padre, y madre, y recayeron sus bienes en éste? lib. 2. cap. 5. n. 11. pag. 342.

Mejora haciendo el testador á dos de los herederos que instituye en partes desiguales, qué llevarán si los nombra por sus propios nombres, ó por nombres apelativos, ó los grava á dar, ó pagar algun debito, ó legado? lib. 2. cap. 6. n. 41. pag. 387.

Menor. Menor siendo leso en la particion puede ser restituído, excepto en dos casos: lib. 2. cap. 9. n. 15. al 17. pag. 558. á la 560.

Menor de 25. años no puede comparecer en juicio como actor, ni reo: lib. 3. cap. 1. n. 23. pag. 32.

Menor de 25. años puede comparecer por sí en juicio en las causas espirituales, y beneficiales: ibi. n. 24. pag. dicha.

Menor que no tiene curador, si comparece en juicio, y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender se le restituya, aunque sea leso: ibi.

Menor de 25. años, pero mayor de catorce siendo varon, y de doce si es hembra, debe nombrar por sí curador que le defienda en juicio, el qual ha de presenciar al juramento que haga quando declare: ibi. n. 25. pag. 33.

Menor, si podrá, ó no jurar in litem contra su tutor, y herederos de éste acabada la tutela? ibi. num. 121. pag. 76.

Menor que es demandado, debe ser provehido de curador ad litem: ibi. num. 135. pag. 84.

Menores, si podrán oponer, y probar excepciones nuevas en primera instancia, pasado el termino probatorio? ibi. n. 218. p. 123.

Menores, y demás que gozan del beneficio de menor edad, y mayores privilegiados, en qué casos no deben ser restituídos del agravio que por la sentencia se les irrogó? ibi. n. 494. pag. 289.

Menor que es leso en la sentencia, ó contrato, si podrá, ó no intentar la restitucion: dentro de qué tiempo: y qué debe hacer constar para que se le conceda? ibi. n. 495. p. 290.

Menor siendo executado, si se le admitirá, ó no la excepcion de restitucion por lesion, ó menor edad? lib.

3. cap. 2. n. 252. p. 496.
Menor, é Iglesia, si bastará que aleguen la lesion para que se les restituya, ó deberán probarla? ibi. n. 253. pag. 497.
Menor tiene hipoteca tacita por la administracion de la tutela contra los bienes de su tutor, sus herederos, y fiadores, y tambien contra los de su curador ad litem; pero no contra el Juez que nombró al tutuor, ó curador: lib. 3. cap. 3. n. 51. pag. 630.
Menores, Iglesia, Fisco, Comunidad, y República no pueden vender al fiado, y si venden, les compete la prelacion de dominio en la cosa vendida, y no pagada: ibi n. 104. pag. 665.
Menores, Iglesia, Fisco dote, República, Comunidad, y Soldado empleado en el Real Servicio tienen prelacion en la cosa, que con el precio de la que les estaba hipotecada, se compró, y subrrogó en su lugar; mas no en el que den por ésta, si se vendiere despues: ibi. num. 142. pag. 683.
Muger. Muger debe ser pagada del valor de sus bienes dotales no estimados, aunque consienta la enagenacion de ellos hecha por su marido: lib. 1. cap. 3. n. 40. pag. 170.
Muger, consintiendo con juramento la enagenacion de ellos, y teniendo, ó no entonces su marido bienes con que reintegrarla su importe, si podrá, ó no repetirlo? ibi. n. 41. pag. 171.
Muger, quándo deberá, ó no ser reintegrada del valor de sus bienes paraphernales, habiendo, ó no gananciales, ya los haya vendido el marido con su consentimiento, ó sin él? ibi. num. 42. al 53. pag. 171. á la 176.
Muger debe ser pagada de los bienes que hereda constante su matrimonio, si los entrega á su marido: ibi. n. 54. pag. 177.
Muger, si en caso de mantener á sus padres, se la deberá, ó no imputar el gasto en su mitad de gananciales? ibi. n. 72. p. 188.
Muger, llevando usufructo, pension, reditos de censo, legado annuo, ó renta vitalicia en dote, si serán, ó no comunicables á su marido? lib. 1. cap. 4. n. 26. al 28. pag. 222.

Muger casada no adquiere dominio irrevocable en los gananciales hasta que su marido muere: ibi. n. 29. pag. 224.

Muger, si disuelto su matrimonio podrá repetir, y cobrar de los deudores, y terceros poseedores la mitad de gananciales, y deudas sin cesion de su marido, ó de sus herederos? ibi. n. 31. y 32. pag. 225.

Muger que despues de casada se quedó en su casa, sin haber ido á cohabitar con su marido, nada debe haber de los gananciales que en su intermedio lucró éste: ibi. num. 46. pag. 235.

Muger casada, si tendrá, ó no parte en los gananciales que con su dote lucró su marido antes de conducirla á su compañia, sin haberla alimentado? ibi. n. 47. y 48. pag. 236.

Muger casada debe participar de los gananciales que adquiera su marido mientras está fuera de su compañia, si la echó de ésta sin causa justa: ibi. n. 49. pag. 237.

Muger casada que sin causa justa no quiere vivir con su marido, debe comunicarle la mitad de los gananciales que adquiera: dicho n. 49. al fin.

Muger, y marido que reciprocamente se separan, hacen suyos los bienes que respectivamente adquieren: ibi. n. 50. pag. 238.

Muger separada de su marido por su sevicia, ú otro motivo grave, si tendrá, ó no derecho á la mitad de gananciales adquiridos por él antes, y despues de la separacion? ibi. n. 51. y 52. pag. 238. y 239.

Muger casada, si es adulterá, ó se va á casa de hombre sospechoso, ó se pervierte de nuestra Santa Religion, si perderá, ó no los gananciales, y su dote, y arras? ibi. n. 53.

Muger viuda que vive luxuriosamente, pierde los gananciales, y debe restituirlos á los herederos de su marido; pero éste no incurre en la pena de restitucion: ibi. num. 54. pag. 240.

Muger, renunciando los gananciales, si percibirá, ó no algo de ellos; y valdrá, ó no la renuncia? ibi. n. 55. al 60. pag. 240. á la 243.

Muger, si tendrá repeticion contra los bienes de su marido, que por defraudarla ena-

enagenó los gananciales adquiridos constante su matrimonio? ibi. num. 62. pag. 244.

Muger, si tendrá derecho contra los bienes de su marido por la mitad de lo que donó á pariente, ó á otro; ó consumió en juegos, ú otros vicios? ibi. n. 63. al 65. pag. 244. á la 246.

Muger casada no puede donar constante matrimonio su dote, y gananciales, ni dar limosna sin licencia de su marido, excepto en tres casos: ibi. n. 66. pag. 247.

Muger no está obligada por la fianza que su marido haga, y puede recuperar la mitad de lo que éste pagó por ser fiador, excepto en un caso: ibi. n. 67. al 69. pag. 248. y 249.

Muger habiendo aceptado los gananciales, si porque advierte que no alcanzan para pagar las deudas, los renuncia, estará, ó no obligada á satisfacerlas? ibi. n. 70. y 71. pag. 250.

Muger, hijos, y herederos del que hizo fortalezas, y mejoras en las Ciudades, Villas, Lugares, heredamientos, y edificios de su mayorazgo, ningun derecho tiene á parte alguna de su valor: ibi. num. 72. pag. 251.

Muger, habitando en Pueblo en que no se la comunican los gananciales, si podrá, ó no repetir lo que juntamente con su marido prometió á la hija de ambos? ibi. n. 105. pag. 278.

Muger hace suyas las arras que le ofrece su marido, y puede disponer de ellas: lib. 1. cap. 6. num. 2. pag. 337.

Muger, habiendo consumido con el uso los vestidos, ó cosas que su marido la dió estando desposados, si podrá dexarlas, y elegir, y percibir las arras que le prometió? ibi. n. 31. pag. 357.

Muger, no teniendo su marido ascendientes, ni descendientes legitimos al tiempo de casarse, puede llevar las arras que la ofreció entonces, y el tercio, ó quinto que la legó en última disposicion: ibi. num. 25. y 26. pag. 351.

Muger segunda, teniendo su marido al tiempo de casarse ascendientes, ó descendientes legitimos, y viviendo todos, ó alguno al de su muerte, si podrá per-

percibir las arras que la ofreció, y el legado de tercio, ó quinto que la hizo, ó solamente una de las dos cosas? ibi. n. 27. pag. 352.

Muger viuda, en caso de ser alimentada por los herederos de su marido, qué obligacion tiene? ibi. n. 47. pag. 372.

Muger viuda, que estando ausentes los herederos de su marido, se apodera de los bienes, y sin poder suyo vende los muebles, y cobra deudas, debe recibir en pago de su dote lo percibido, baxados sus alimentos: ibi. n. 51. pag. 374.

Muger viuda, si tendrá derecho al lecho quotidiano, y deberá llevarlo? ibi. n. 56. pag. 381.

Muger viuda, habiendo deudas, y ningunos gananciales, si tendrá, ó no derecho al lecho quotidiano? ibi. n. 60. al 63. pag. 383. á la 385.

Muger viuda, si en qualquier tiempo que se case deberá restituir el lecho quotidiano á los herederos de su marido, ó podrá usufructuarlo durante su vida? ibi. num. 64. y 65. pag. 386.

Muger casada no puede mejorar á sus descendientes por contrato sin licencia de su marido, excepto en un caso: lib. 2. cap. 2. n. 12. pag. 85.

Mugeres viudas incurrian antiguamente en infamia, y en otras penas si teniendo hijos se bolvian á casar dentro del año de su viudedad; pero hoy solo en la de reservar á sus hijos los bienes habidos por ultima disposicion, ó por contrato lucrativo de sus padres: lib. 2. cap. 5. n. 1. al 4. pag. 335. y 336.

Muger viuda, si se buelve á casar teniendo hijos, debe afianzar la responsabilidad de los bienes muebles que por ultima disposicion, ó por contrato lucrativo hubo de su marido, y se deben tasar: ibi. n. 4. al fin pag. 337.

Muger viuda debe reservar á los hijos superstites de su anterior matrimonio, lo que de alguno de ellos premuerto heredó ab intestato, ó por titulo particular de legado, ó fideicomiso proveniente de su padre: ibi. n. 5. pag. dicha.

Muger viuda debe reservarles lo que los parientes de su

su difunto marido la dieron por mera contemplacion de éste: ibi. n. 6. p. 338.

Muger viuda debe hacer la reservacion á sus nietos en iguales terminos que á sus hijos: ibi. n. 8. p. 340.

Muger, y marido viudos, qué bienes deben reservar á sus hijos, y descendientes de sus anteriores matrimonios? ibi. n. 9. pag. dicha.

Muger, y marido viudos que se buelven á casar, si harán suyos los frutos que algun hijo de su anterior matrimonio dexa pendientes en sus bienes quando fallece? ibi. n. 10. p. 341.

Muger, y marido viudos que teniendo hijos se buelven á casar, si deberán, ó no afianzar la responsabilidad de los bienes reservables? ibi. n. 14. y 15. pag. 344.

Muger viuda no debe reservar lo que el hijo adquirió de su ascendiente por otro titulo que no sea de succesion: ibi. num. 16. p. 345.

Muger viuda, si deberá, ó no reservar lo que la dexó el hijo que murió testado? ibi. num. 17. pag. 346.

Muger viuda no debe reservar á los hijos de su anterior matrimonio lo que su marido la dió por via de remuneracion: ibi. n. 18. pag. dicha.

Muger viuda no debe hacerles la reservacion quando para bolverse á casar obtuvo licencia del Principe: ibi. num. 19. pag. 347.

Muger viuda no debe hacer la reservacion quando su marido la concedió licencia para casarse, ó al tiempo de hacerla la donacion, expresó que en ningun caso queria estubiese obligada á reservarla: ibi. n. 20. pag. 348.

Muger viuda no está obligada á hacer la reservacion quando sus hijos mayores la dieron licencia para casarse, ó aprobaron, y consintieron su boda, ó la remitieron la injuria: ibi. num. 21. al 27. pag. 348. á la 352.

Muger viuda hace suyos los bienes que heredó de sus hijos en los casos en que no está obligada á hacerles la reservacion: ibi. n. 28. pag. 353.

Muger viuda si no tiene hijos, ni descendientes de sus matrimonios precedentes, hace suyo lo que la dieron sus anteriores maridos: ibi. n. 29. p. dicha.

Muger viuda no está obligada á reservar á sus hijos el usufructo de los bienes que hubo de su marido, ni los que compró con su importe: ibi. num. 30. p. 354.

Muger viuda aunque herede á algun hijo muerto, y despues se case otro de los superstites, no pierde, ni debe restituir á éste el usufructo que desde que se bolvió á casar percibió de los bienes de aquel: ibi. num. 31. pag. dicha.

Muger, y marido viudos que se buelven á casar no están obligados á reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios los bienes que en ellos superlucraron: ibi. num. 32. pag. 355.

Muger viuda habiendo fallecido sin succesion despues de su padre un hijo que hizo testamento, y legó á un hermano suyo el tercio de sus bienes: si muerto intestado este hermano, estará obligada, ó no á reservar á los enteros superstites la tercera parte que abintestato heredó del segundo hijo? ibi. num. 33.

Muger viuda, si perderá los bienes raices reservables que enagenó, y sus hijos podrán reivindicarlos del comprador? ibi. num. 34. pag. 356.

Muger viuda no pierde por bolverse á casar el usufructo que su marido la dexó simplemente de sus bienes, ni con la condicion de que viva castamente: ibi. num. 36. pag. 357.

Muger viuda que vive luxuriosamente, pierde la propiedad, y usufructo de los bienes que su marido la dexó, y las arras, y mitad de gananciales: ibi. n. 37. pag. dicha.

Muger casada, en qué casos podrá comparecer en juicio, y demandar á su marido sin su licencia, ni del Juez, ó á otro? lib. 3. capit. 1. num. 27. pag. 33.

Muger casada, en qué casos podrá, ó no ser demandada criminalmente por su marido, ó por su heredero constante matrimonio? ibi. num. 28. pag 34.

Muger honrada que vive honestamente, no debe ser emplazada en causas civiles, para que vaya personalmente ante el Juez: ibi. num. 167. pag. 97.

Muger honrada, y honesta no debe ser apremiada á ir á testificar en juicio: ibi. nu-

num. 300. pag. 172.
Muger casada no debe ser compelida á testificar en causa criminal contra su marido, ni éste contra ella: ibi. num. 302. pag. 173.
Muger, quándo podrá ser presa por deuda; y si siendo casada, ó viuda, gozará, ó no de la nobleza de su marido? lib. 3. cap. 2. num. 157. pag. 447.
Muger casada tiene hipoteca tacita por sus bienes dotales, parafernales, arras, y alimentos contra los de su marido: mas no por la dote que pide en virtud de legado, ú otro titulo, ni por su mitad de gananciales: lib. 3. cap. 3. n. 49. pag. 629.
Muger, si por su dote será, ó no preferida al Fisco? ibi. num. 87. pag. 652.
Muger, á qué acreedores privados de su marido preferirá, ó no por su dote legitima? num. 88. al 91. pag. 652. á la 654.
Muger, á qué acreedores preferirá por las arras, y donacion que la ofrece su marido; por sus bienes parafernales; por lo que se la debe por haberla desflorado; y por las usuras, ó intereses de la dote prometida? ibi. n. 92. p. 655.
Muger casada, si por haber ocultado bienes de su dote, ó de su marido, perderá, ó no el privilegio de prelacion á otros acreedores de éste? ibi. num. 93. y 94. pag. 656. y 657.
Muger segunda, si será, ó no preferida por su dote á la primera? ibi. n. 95. p. 658.
Muger segunda, si será, ó no preferida por su dote á los hijos superstites de la primera, que pretenden la herencia de su hermano muerto intestado sin succesion, que su padre debió reservarles? ibi. n. 96. al 99. p. 659. á la 661.
Muger segunda preferirá por su dote á los hijos de la primera que pretenden los bienes extradotales, gananciales, y reservables de su madre, excepto en un caso: ibi. n. 100. p. 663.

N

Negativa. Negativa de derecho, quál es, y quién debe probarla? lib. 3. capit. 1. n. 280. p. 157.

Negativa de *qualidad*, quál es, y á quién toca probarla? ibi. n. 281. p. dicha.

Negativa de *hecho*, de quántas maneras es, y á quién incumbe su prueba? ibi. num. 282. pag. 157. cit.

Nietas. Nieta que tiene bienes, siendo dotada, ó alimentada por su abuela, ya sea, ó no curadora, y administradora de ellos, de quáles se presume dotarla, ó alimentarla? lib. 1. capit. 4. n. 117. y 118. pagin. 287. y 288.

Nieta natural, en qué casos debe ser dotada por su abuelo? ibi. n. 116. p. 287.

Nietas, si podrán, ó no ser mejoradas por sus abuelos? lib. y cap. 2. n. 91. al fin pag. 141.

Nieta, si deberá, ó no colacionar lo que viviendo su padre, la dió su abuelo? lib. 2. cap. 3. n. 100. y 101. pag. 243.

Nietos. Nietos naturales pueden heredar á su abuelo paterno en defecto de legitimos, aunque tenga ascendientes legitimos: lib. 2. cap. 1. num. 59. pag. 45.

Nieto legitimo natural nacido de hijo espurio de Clerigo ordenado in sacris, si podrá ser, ó no heredero de éste? ibi. n. 68. al fin pag. 54.

Nieto de Clerigo ordenado in sacris existente en la potestad de su padre espurio, si hará, ó no suyo el usufructo de los bienes que su abuelo le dexó? ibi. numer. 70. y 71. pag. 55.

Nietos pueden ser legitimados por los mismos medios que los hijos: ibi. num. 79. pag. 61.

Nietos, y demás descendientes legitimos pueden ser mejorados por sus abuelos, aunque éstos no tengan mas que un hijo que sea su padre, y esté vivo: lib. 2. cap. 2. n. 6. p. 80. y 81.

Nietos deben colacionar por muerte de sus abuelos lo que éstos les dieron despues de la de su padre, ó madre: lib. 2. cap. 3. numer. 23. pag. 196.

Nietos deben colacionar lo que sus abuelos dieron á

sus

sus padres, y heredaron de éstos: ibi. num. 24.
Nietos no deben colacionar por muerte de sus abuelos lo que hubieron de éstos por via de mejora, ó fuera de la legitima de sus padres, á quienes instituyeron en ésta: ibi. num. 25. pag. 197.
Nietos, si deberán, ó no colacionar por muerte de sus abuelos la dote, y donacion propter nuptias que dieron á sus padres, y por haberlas consumido éstos no llegaron á su poder? ibi. num. 26. al 31. p. 197. á la 202.
Nieto debe colacionar al modo que su padre el emphiteusi de nominacion comprado por su abuelo, quando se dividan los bienes de éste: ibi. n. 111. p. 248.
Nietos, y viznietos legitimos dexando el difunto intestado, quáles sucederán en sus bienes, y para ello, qué es necesario? lib. 2. cap. 7. n. 9. y 10. p. 456. y 457.
Nietos hijos de un hijo, ó hija del difunto intestado, ó de dos, ó mas hijos de éste, cómo partirán su herencia? ibi. n. 11. p. 458.
Nietos legitimos, si concurrirán por muerte de su padre con sus tios á la herencia de su abuelo intestado, y en qué parte le sucederán? ibi. num. 12. p. 459.
Nietos naturales, en qué parte de herencia sucederán á su abuelo intestado? ibi. num. 15. pag. 460.
Nieto, ó descendiente legitimo si muere intestado, cómo le sucederán sus abuelos, ó ascendientes iguales en numero por cada linea, ó dos por la una, y uno solo por la otra? ibi. num. 29. pag. 468.
Nietos, ó descendientes legitimos muriendo intestados, les succeden sus abuelos, y excluyen á los hermanos de aquellos, é hijos de éstos: ibi. n. 30. pag. dicha.
Nietos dexando el abuelo intestado, y un hijo vivo, si uno de aquellos repudia su parte, ó por otra causa falta, á quién se acrecerá? lib. 2. cap. 8. n. 90. p. 544.
Nobleza. Nobleza de los padres compete á sus hijos naturales: lib. 2. cap. 1. num. 54. pag. 43.
Nobleza, ó hidalguía gozando de ella algunos, si deberán, ó no ser presos por deuda? lib. 3. cap. 2. numer.

mer. 142. pag. 435.
Nobleza, quál se llama de privilegio; y de quántas clases son los que de ella se conceden? ibi. n. 143. al 145. p. 436. á la 438.
Nobleza, quál se llama de sangre, y de quién ha de provenir? ibi. num. 146. pag. 438.
Nobleza de privilegio, y de sangre, cómo se prueban; y baxo de qué especies se comprende ésta? ibi. numer. 147. pag. 439.
Nobleza, quál se llama de bondad, y virtud; y si es mejor que la civil? ibi. numer. 150. y 151. p. 443. y 444.
Nobleza del executado, si podrá conocer de ella el Juez, que entiende en la execucion? ibi. num. 152. pag. 445.
Nobleza de los Vizcaínos, quál es; y en dónde gozan de ella? ibi. n. 154. pag. dicha.
Nobleza personal, á qué personas está concedida? ibi. num. 155. y 156. p. 446. y 447.
Nobleza del marido compete á su viuda honesta: ibi. num. 157. pag. 447.
Novacion. Novacion de contrato, qué es, y de quántas maneras? lib. 3. cap. 2. num. 190. pag. 464.
Novacion de contrato para que se entienda hecha, qué es preciso? ibi. num. 191. pag. dicha.
Novacion, en qué cosas, y contratos no se hace? ibi. num. 192. pag. 465.
Novacion, en qué casos se induce? ibi. n. 193. y 194. pag. 467. y 468.
Novacion de contrato, si se hará, ó no por la delegacion? ibi. n. 195. al 197. pag. 469. y 470.
Novacion de contrato, quiénes no pueden hacerla? ibi. num. 198. pag. 470.
Novia. Novia, á quien su novio ofreció arras, y dió joyas, y vestidos, debe elegir una de las dos cosas dentro de veinte dias de requerida por los herederos de su marido: lib. 1. cap. 6. num. 30. pag. 355.
Novia que con el uso deterioró, ó consumió los vestidos, ó cosas que su marido la dió, si podrá dexarlas, y percibir las arras que la prometió? ibi. num. 31. num. 357.
Novia, ó esposa de presente, ó futuro, qué gana, y debe llevar disuelto el matrimonio, ya se haya consu-

sumado, ó el esposo la haya vesado, ó no? ibi. numer. 32. y 33. pag. 357. y 358.

Novia de presente, ó de futuro, qué adquiere por el ingreso en religion de lo que el esposo la dió? ibi. num. 34. pag. 358.

Novia no será preferida á los acreedores hipotecarios anteriores de su esposo por las cosas que éste la dió, y enagenó: ibi. al fin.

Novia, si podrá ofrecer arras, ó hacer donacion al novio, y hasta en qué cantidad? ibi. n. 35. p. 360.

Novia si diere algo á su futuro esposo, y falleciere antes que su matrimonio se celebre, pueden sus herederos recobrarlo del esposo: ibi. n. 36. p. 361.

Novio. Novio mayor de 25. años, qué cantidad puede ofrecer en arras á la novia; y si valdrá la oferta en el exceso, renunciando con juramento la ley del Fuero que de ellas trata? lib. 1. cap. 6. n. 4. y 5. p. 338. y 339.

Novio que no tiene bienes quando se casa, si podrá ofrecer arras á la novia de los que adquiera despues? ibi. num. 6. pag. 340.

Novio menor, si podrá ofrecer arras á la novia? ibi. num. 7.

Novio ofreciendo cantidad cierta en arras á su novia, confesando cabe en la decima parte de sus bienes, y no cabiendo, consignandosela en los que en lo succesivo adquiera, si se la aplicará toda por su muerte, ya quepa, ó no en éstos? ibi. n. 8. p. 341.

Novio si en la Escritura en que prometió cantidad cierta en arras á su novia, no habló de sus bienes presentes, ni futuros, ni cabía en la decima de los que entonces tenia, no valdrá la oferta en la de los que despues adquirió: ibi. n. 9. y 10. p. 342.

Novio, si al tiempo que ofreció arras á la novia, y al de su muerte tenia bienes, y la ofreció indistintamente á su eleccion la decima parte de ellos, qué se la deberá dar? ibi. num. 11. pag. 343.

Novio, si podrá ofrecer arras á la novia viuda, como á la soltera? ibi. num. 12. pag. dicha.

Novio ofreciendo por via de remuneracion á la novia mas que la decima parte de

de sus bienes, si valdrá, ó no la oferta en el exceso? ibi. num. 13. pag. 344.

Novio que solo tiene bienes vinculados, puede ofrecer arras de sus frutos á la novia; y para tener derecho ésta á ellas, se han de pactar al tiempo de casarse: ibi. n. 14. y 15. p. 345.

Novio, y su padre ofreciendo cantidad cierta en arras á la novia, si despues de casado muere antes que su padre, y la cantidad ofrecida no cabe en la decima parte de sus bienes, qué llevará la novia? ibi. num. 16. pag. 345.

Novio si ofreció á la novia la decima parte de los bienes libres que poseía con buena fé, y despues de casado le quitaron algunos en juicio, qué tocará á la novia? ibi. num. 17. y 18. pag. 347.

Novio, ó marido casandose muchas veces, si podrá ofrecer arras á todas sus mugeres; y cómo se han de deducir? ibi. num. 28. pag. 354.

Novio si no quiere ofrecer arras á la novia, puede darla joyas, ó preséas, y vestidos: ibi. n. 29. p. 355.

Novio si ofreciere arras, y tambien diere joyas, ó vestidos á la novia, qué deberá llevar ésta? ibi. n. 30. pag. dicha.

Novio no puede ser executado por el importe de las mercaderías que sacó fiadas para casarse: lib. 3. cap. 2. num. 40. p. 379.

Nulidad. Nulidad, qué es? lib. 3. cap. 1. n. 484. pagin. 284.

Nulidad, quáles sentencias la contienen? ibi. num. 486. al 490. p. 285. á la 287.

Nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, dentro de qué termino se debe intentar? ibi. numer. 491. pag. 288.

Nulidad de la sentencia, ante quién se ha de intentar, ya se haya apelado, ó no de ella? ibi. n. 492. p. 289.

Nulidad, de qué sentencia no há lugar? ibi. num. 493. pag. dicha.

Nulidad de la sentencia, quándo pueden intentarla, ó no la Iglesia, y Republica? ibi. num. 496. pag. 291.

Nulidad de contrato, sentencia, ó instrumento, si será, ó no excepcion obstativa de la execucion? lib. 3. cap. 2. num. 199. y 200. pag. 471.

Ofi-

O

Oficios. Oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros que marido, y muger compran durante su matrimonio, se les comunican, y han de adjudicar por el precio que tengan: lib. 1. cap. 4. numer. 14. y 15. pag. 213.

Oficio de los expresados comprando el marido antes de casarse, y acabando de pagarlo con el dinero dotal, ó redimiendo despues de casado la carga que tenia, no se contempla dotal, ni comunica á la muger: ibi. num. 16. y 17. pag. 214.

Oficio del Juez, quál es? libro 3. cap. 1. n. 502. pagin. 294.

P

Pacto. Pacto de subsistir siempre en comunion de bienes con alguno, es nulo: lib. 1. cap. 2. n. 1. p. 92.

Pacto, ó promesa de no pedir la deuda, quándo impedirá la via executiva? lib. 3. cap. 2. num. 176. pag. 458.

Padrastro. Padrastro, y madre, si ofrecen juntos dote, ó donacion al entenado, ó entenada, de qué bienes se presume hecha la oferta? lib. 1. cap. 4. n. 119. pag. 288.

Padrastro para poder repetir los alimentos dados á su entenado, qué cosas son precisas? ibi. num. 120. pag. 289.

Padre. Padre que tiene sus hijos en su poder, ó succede á alguno existente fuera de su dominio, si estará, ó no obligado á hacer inventario solemne de sus bienes; y *ultra vires hæreditarias* en caso de omitirlo? lib. y cap. 1. n. 53. y 54. p. 48. y 49.

Padre si llama á un hijo al goce del emphiteusi perpetuo, ó le lega la finca que lo tiene, ó lo encabeza en él, cómo se ha de dividir? lib. y cap. 2. numer. 69. y 70. pag. 133.

Padre habiendo poseído proindiviso sus bienes, y los de sus hijos: mejorado la

madre á uno de éstos, y con el transcurso del tiempo aumentandose naturalmente los bienes, si le tocará lo aumentado, ó sus frutos solamente, y se aumentará la mejora? lib. 1. cap. 4. num. 98. pag. 272.

Padre, y madre juntos, ó el padre solo, si dotaren á una hija, ó hicieren donacion propter nuptias á un hijo de ambos, de qué bienes se entiende hecha? ibi. n. 99. al 101. p. 274. á la 276.

Padre si promete dote, ó donacion propter nuptias á su hijo, ó hija, y no hay gananciales en su matrimonio, de qué bienes se presume prometerselas? ibi. n. 112. y 113. p. 285.

Padre legitimo administrador de los bienes de su hija, si la promete indistintamente dote de estos, y de los suyos, de quáles se presume dotarla en el todo? ibi. num. 114. p. 286.

Padre habiendo casado á una hija, y dadola cierta dote, si despues casa otra, y la ofrece dote tambien cierta de sus bienes, y de los de la misma hija, en qué terminos se conceptúa dotada ésta? ibi. n. 115. p. dicha.

Padre está obligado á alimentar á sus hijos naturales, y á dotar á su hija natural: ibi. n. 116. p. 287.

Padre, y madrastra, ó madre, y padrastro si ofrecieron juntos dote, ó donacion al entenado, ó entenada, de qué bienes se presume hecha la oferta? ibi. num. 119. p. 288.

Padre no puede ser compelido en vida á dar, ni señalar á sus hijos su legitima; pero puede entregarsela aunque lo resistan: lib. 2. cap. 1. n. 10. y 11. p. 13.

Padre, si podrá, ó no revocar la particion que hizo entre sus hijos, habiendoles entregado los bienes en ella contenidos: ibi. n. 13. al 15. p. 14. y 15.

Padre haciendo en vida algunas donaciones pequeñas, si se considerará, ó no su importe para computarlo en el quinto, de que puede disponer teniendo descendientes legitimos? ibi. numer. 22. p. 20.

Padre donando un quinto en vida á un descendiente legitimo, y por ultima disposicion legando otro á otro descendiente, si valdrán, ó no ambos? ibi. n. 24. p. 22.

Padre dexando un quinto por su alma, ó á favor de estraño, y otro al de un descendiente legitimo, si valdrán entrambos, ó quando dexa el tercio á estraño, ó á un ascendiente teniendo legitimos descendientes? ibi. num. 25. p. 23.

Padre, madre, ó ascendiente teniendo cinco, ó mas hijos, ó descendientes legitimos, si podrán, ó no disponer del quinto integro á favor de un hijo natural, ó de estraño, ó por su alma? ibi. n. 26. p. dicha.

Padre, ó ascendiente teniendo descendientes legitimos, y disponiendo de dos quintos entre estraños; quál de los dos valdrá, ya las disposiciones sean revocables, ó irrevocables, ó la una solamente; ó la primera donacion, ó disposicion del quinto se haya hecho por via de quota, y la otra de cosa, ó cantidad cierta? ibi. n. 27. al 29. p. 25. y 26.

Padre legando en testamento á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra clausula de él el mismo quinto á otro hijo, si serán dos quintos, ó uno para ambos, ó se revocará el primero? ibi. num. 30. pag. 27.

Padre no puede imponer á sus hijos naturales el gravamen de restituir á otro el quinto que les dexa, excepto en un caso: ibi. numer. 55. p. 43.

Padre, qué puede dexar á sus hijos naturales, teniendolos legitimos? lib. 2. cap. 1. num. 54. p. 43.

Padre puede instituir por herederos á sus hijos naturales, si carece de legitimos, aunque tenga ascendientes: ibi. n. 56. p. 44.

Padre si exhereda, ó excluye de la succesion de sus bienes á sus hijos naturales, á nada tienen derecho: ibi. num. 57.

Padre si preteríe á sus hijos naturales, á qué tendrán derecho? ibi. n. 58. p. 45.

Padre no está obligado civilmente á dar alimentos á sus hijos espurios: ibi. numer. 64. p. 49.

Padre puede dexar solamente el quinto á su hijo habido en parienta suya: ibi. n. 66. al fin p. 52.

Padre casado puede dexar solamente el quinto, ó alimentos á su hijo procreado en muger libre: ibi. n. 67. p. 52. dicha.

Padre, y madre pueden mejorar en contrato, ó en ultima voluntad á qualesquiera de sus hijos, y descendientes legitimos en el tercio, y quinto de su hacienda libre, ó en el uno solo, aunque no tengan mas que un hijo vivo, si tienen otro postumo: lib. 2. cap. 2. num. 2. p. 78.

Padres pueden hacer la mejora expuesta, aunque sus hijos sean procreados en diversos matrimonios, y aun quando por ser el padre rico, y la madre pobre, deba percibir ésta la quarta marital: ibi. n. 4. pag. 79.

Padres no pueden gravar el tercio si no tienen mas que un hijo, ni valdrá, excepto en algunos casos: ibi. n. 8. al 11. p. 82. á la 84.

Padres, y ascendientes pueden consignar por sí mismos, y no por otro en cosas ciertas la mejora de tercio, ó quinto que hagan á sus descendientes legitimos, no gravando á los demás en sus legitimas con la consignacion: ibi. n. 13. al 15. p. 85. á la 87.

Padres, y demás ascendientes, si podrán, ó no gravar el tercio, y qué orden deben observar en los llamamientos? ibi. num. 21. al 24. p. 91. á la 93.

Padre si mejora á un hijo en el tercio, y quinto de sus bienes por ultima voluntad, imponiendole el gravamen de restituirlo á otro hijo, ó descendiente á cierto tiempo; y despues *in articulo mortis* hace prelegado del mismo tercio, y quinto simplemente á otro hijo, remueve este prelegado el gravamen de restitucion impuesto al hijo primero: ibi. num. 25. pag. 94

Padre del testador habiendole prelegado un fundo en fideicomiso, imponiendole la condicion, y gravamen de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar á su hijo mayor nieto de su padre, á quién se debe adjudicar? ibi. num. 26. p. dicha.

Padre del testador habiendo dejado á su nieto el fundo en fideicomiso para quando tubiese hijos; y antes de tenerlos divididose los bienes de su padre entre él, y sus hermanos, incluyendolo en la particion, y prometiendo todos haberla por firme, si verificando-

dose despues la condicion, podrá el nieto pedir el fundo dividido ya, y entregado? ibi. n. 27. y 28. p. 94. y 95.

Padre si entrega á su hijo emancipado cierta porcion de dinero para que en suelo suyo haga edificio, ó plantío, ó si compra en su nombre alguna cosa, y se la entrega, es visto que le hace donacion, y mejora. ibi. num. 30. p. 96.

Padre si testando entre hijos nombra á uno, ó mas por sus herederos, pretiriendo, ó injustamente exheredando á otro, ó dexandole menor porcion de herencia que la que por su legitima le corresponde, se entienden mejorados aquellos: ibi. n. 32. p. 97.

Padre haciendo legado á un hijo en ultima disposicion, é instituyendole por su heredero igualmente con los demás, ó simplemente, si se le imputará el legado en parte de legitima, ó se entenderá donacion, ó mejora? ibi. n. 33. y 34. p. 98. á la 100.

Padre no disponiendo del quinto, y siendo de mucho valor la cosa que lega, si se imputará primero al legatario en tercio, y quinto, ó en legitima? ibi. n. 35. y 36. p. 100. y 101.

Padre diciendo en su testamento que su hijo le quitó cierta cantidad; ó que se la habia dado para ciertas cosas: ó que mejoraba á algunos de sus hijos en cierta cantidad que otro hijo le habia quitado; si el hijo niega la asercion de su padre, qué se deberá hacer? ibi. num. 37. y 38. p. 102. y 103.

Padre donando simplemente, y entregando en vida á un hijo algun fundo, si se entenderá mejorado en él, é imputará en el tercio, ó quinto, ó en legitima? ibi. n. 39. al 41. p. 103. á la 105.

Padre donando, y entregando algun fundo á un hijo para casarse, y muriendo éste antes sin dexar hijos, si habiendolo vendido, y entregado al que lo compró, podrán los coherederos reivindicar del comprador el exceso de su legitima, y mejora? ibi. numer. 42. al 44. p. 106. á la 108.

Padre, ó madre que poseen alguna finca con el gravamen de restituirla á alguno de sus hijos despues de su muer-

muerte, si mejoran á alguno de ellos en el tercio, y quinto, y fallecen sin hacer la restitucion, ni mencion de la finca, qué llevarán de ella el mejorado, ó los demás coherederos? ibi. n. 45. p. 108.

Padre si mejora por ultima disposicion á un descendiente en el tercio de sus bienes, y no dispone del quinto; quál de los dos se ha de baxar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion en caso que los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de éste despues de deducidos? ibi. n. 52. y 53. p. 113. y 114.

Padres, y ascendientes pueden revocar hasta su muerte la mejora del tercio que en ultima disposicion, ó en contrato hicieron á sus legitimos descendientes: ibi. num. 56. p. 116.

Padres prometiendo por contrato entre vivos mejorar á algun hijo, ó no mejorar á ninguno, y otorgandose sobre ello Escritura, deben cumplir la promesa: ibi. num. 92. p. 141.

Padre que por contrato oneroso prometió no mejorar á hijo alguno, si su hija, é yerno aceptaron la promesa, y el padre procede contra ésta, á que estará obligado? ibi. n. 93. p. 142.

Padre si hizo pacto absoluto de no mejorar á hijo alguno sin preceder motivo para hacerlo, debe observarlo: ibi. n. 94. p. 143.

Padre, si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demás, lo remitiere, y falleciere sin descendientes, puede mejorar á otro hijo; pero no en caso de dexarlos: ibi. num. 95. al 97. p. dicha, y sig.

Padre, y madre aunque por causa onerosa prometan no mejorar á sus hijos, y descendientes en el tercio, y quinto, pueden disponer de éste: ibi. n. 98. p. 144.

Padre, ó madre prometiendo por causa onerosa, ó simplemente por Escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco al nieto, ni otro descendiente de este hijo: ibi. n. 99. p. 145.

Padre, y madre aunque hayan prometido no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro; excepto que la causa final, y razon de es-

esta promesa tenga su tendencia á favor de todos los demás : ibi. n. 99. al 101. p. 145. dicha.

Padre, ó madre mejorando por ultima disposicion en el tercio, y quinto de sus bienes, ó haciendo donacion causa mortis á dos, ó mas hijos, si el uno fallece, ó repudia su parte, ó por otro motivo dexa de llevarla, á quién se acrecerá ? ibi. n. 104. al 106. p. 147. y 148.

Padre, ó madre mejorando por contrato entre vivos á dos, ó mas hijos, si el uno fallece, ó repudia su parte, ó no puede haberla, á quién se acrecerá, ya sea revocable, ó irrevocable el contrato ? ibi. n. 107. al 110. p. 148. á la 151.

Padre que teniendo hijos se buelve á casar, debe hacerles la reservacion sin diferencia de la madre: lib. 2. cap. 5. n. 7. p. 339.

Padre, si deberá, ó no afianzar los bienes reservables como la madre ? ibi. n. 15. pag. 344.

Paga. Paga, qué es, y quándo, y cómo debe probarla el executado para que enerve la execucion? lib. 3. cap. 2. n. 174. p. 457.

Paga, si se podrá hacer por presuncion de derecho? ibi. num. 175. p. 458.

Papeles. Papeles, libros, é instrumentos tocantes á la herencia se deben inventariar : lib. y cap. 1. n. 19. pag. 25.

Papeles, y titulos de la herencia, en quál de los herederos deben existir ? libro 1. cap. 2. n. 20. p. 103.

Papel sellado, quál corresponde á las particiones judiciales, é hijuelas ? lib. 2. cap. 10. ó final, nota 4. pagin. 628.

Papel sellado, quál corresponde á las escrituras de particion ? dicho cap. 10. nota penultima p. 690.

Papeles originales, padrones, libros parroquiales, y protocolos, no deben sacarse de los archivos, y oficios en que existen : lib. 3. c. 1. num. 383. p. 221.

Parientes. Parientes de uno de los convuges, si donan algo al otro, á quál se deberá aplicar ? lib. 1. cap. 4. num. 25. p. 219.

Parientes del marido, qué deben practicar para que la viuda de éste, que dice quedó preñada, no los perjudique ? lib. 1. cap. 6. numer. 39. p. 364. y 365.

Parientes transversales deben succeder á su transversal que murió intestado, segun la prerrogativa, y proximidad de grado con él: lib. 2. cap. 7. n. 36. pag. 473.

Pariente en quien concurre mayor qualidad, ó conjuncion que en los demás, si será preferido á ellos, y hasta quáles se estiende esta mayor qualidad? ibi. num. 40. al 43. pag. 474. á la 476.

Pariente que por proximidad de parentesco pretende la herencia del ausente en partes remotas mas de diez años, y alega estár muerto, qué debe justificar para que se le entregue; y baxo de qué seguridad se le ha de entregar? lib. 3. cap. 1. n. 172. p. 98.

Particion. Particion, ó division, qué es: á qué fin se introduxo: ante qué Juez se ha de pedir la de la herencia: y quiénes pueden pedirla, ya estén presentes todos los herederos, ó alguno ausente? lib. 1. capit. 2. num. 1. al 7. p. 92. á la 96.

Particion hecha entre herederos presentes sin el ausente, ó quien le defienda, no le perjudica: ibi. num. 8. pag. 97.

Particion para que se entienda hecha, quánto tiempo debe pasar? ibi. num. 15. pag. 101.

Particion, de qué cosas puede, ó no hacerse? ibi. numer. 19. pag. 108.

Particion se divide en *real*, y en *intelectual*: ibi. n. 56. y 57. p. 125. y 126.

Particion intelectual en qué cosas recae? ibi. n. 58.

Particion, de quántas maneras se puede hacer; y si el padre la podrá hacer en vida? lib. 2. cap. 1. num. 1. pag. 8. y n. 12. p. 14.

Particion puede hacer el padre en vida entre sus hijos por escritura, ó sin ella: ibi. n. 12. p. 13.

Particion despues de hecha por el padre entre sus hijos, si podrá, ó no revocarla, ya estén, ó no en su poder? ibi. n. 13. 14. y 15. p. 14. y 15.

Particion hecha por el padre entre sus hijos mayores con juramento de que no han de pretender mas, aunque sus bienes se aumenten, es irrevocable, y firme: ibi. n. 16. p. 15. dicha.

Particion hecha por el padre entre sus hijos mayores sin in-

intervenir pacto jurado de no pretender suplemento de legitima de los bienes que despues aumente, se puede revocar por los hijos: ibi. num. 17.

Particion, y adjudicacion de la finca gravada con emphiteusi perpetuo, cómo se ha de hacer? lib. 2. capit. 3. n. 114. p. 249.

Particion hecha judicialmente se debe comunicar á los interesados, para que expongan lo que les convenga sobre ella: lib.2. cap.9. num. 1. p. 552.

Particiones se pueden impugnar, y rescindir, por ser hechas ante Juez incompetente, é improrrogable: ibi. num. 2. pag. dicha.

Particiones se pueden impugnar por falta de citacion, y por lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio: ibi. num. 3. al 5. p. 553.

Particiones se pueden impugnar por lesion enormisima, aunque se aprueben por las partes: ibi. num.6. al 8. p. 554. y 555.

Particiones se pueden impugnar, quando por error, olvido, engaño, ú ocultacion se dexó de colacionar, y dividir alguna cosa, aunque estén hechas por arbitro, y los herederos se hayan impuesto pena en el compromiso contra el que las impugnase: ibi. n. 9. al 11. p. 556. y 557.

Particiones si se rescindieren por error, olvido, engaño, ú ocultacion, por qué accion se ha de proceder para dividir las cosas que no se dividieron? ibi. num.12. pag. 557.

Particiones siendo hechas con el que por ningun titulo es heredero, se pueden rescindir: ibi. n. 13. pag. dicha.

Particion si contiene agravios se pueden deshacer por via de apelacion de la sentencia: ibi. n. 14. p. 558.

Particion si contiene lesion en mas, ó menos de la mitad del justo precio, y es leso el menor, puede ser restituído, excepto en dos casos: ibi. num. 15. al 17. p. 558. á la 560.

Particion hecha entre los hermanos, se puede reformar quando se dió al uno mas que al otro; pero no la que hizo el padre entre sus hijos sin agravio de su legitima: ibi. n.18. p. 561.

Particion de los bienes que dexó el marido entre su viu-

viuda, é hijos de ambos, con mejora, y colacion estendida: lib. 2. cap. 10. ó final, §. 2. p. 599. á la 628.

Particion de los bienes del marido entre su viuda, é hijos de dos matrimonios, con mejora, reservacion, y colacion estendida: cap. 10. y §. 2. dichos, p. 629. á la 673.

Particion extrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público: ibi. p. 679. á la 686.

Particion hecha por escritura: dicho cap. 10. p. 687. á la 689.

Partos. Partos de las siervas de alguno de los conyuges son comunicables á entrambos: lib. 1. cap. 4. numer. 24. p. 218.

Partos de rebaños de animales productivos existentes en el vientre de sus madres, ó nacidos, á quál de los conyuges tocarán? libro 1. cap. 5. n. 44. p. 322.

Pena. Pena, en quál incurre el heredero estraño que omite inventariar algunos bienes de su instituyente? lib. y cap. 1 n. 101. p. 81.

Y si se transferirá contra sus herederos la accion de ocultacion? ibi. num. 110. pag. 85.

Pena de ocultador no se estiende al poseedor, que como tal, y no como heredero hace el inventario: ibi. num. 112. p. 86.

Pena, en quál incurre el que estando la herencia sin aceptar, substrae bienes de ella? ibi. num. 114. p. 88.

Pena de infamia, y otras que estaban impuestas antiguamente á las viudas que se casaban dentro del año de su viudedad, están suprimidas: lib. 2. cap. 5. n. 1. y 2. pag. 335.

Pensiones. Pension, legado annuo, renta vitalicia, ó empleo llevando la muger en dote, cómo se ha de deducir? lib. 1. cap. 3 numer. 29. p. 160 y 161.

Pension, réditos de censo, usufructo, legado annuo, ó renta vitalicia llevando la muger en dote, si serán, ó no comunicables á su marido? lib. 1. cap. 4. numer. 26. al 28. pag. 222. á la 224.

Pensiones, réditos, ó accesiones civiles, quáles son? lib. 1. cap. 5. n. 1. p. 294.

Pensiones de la finca locada por el vendedor, si al tiempo de la venta estaban, ó no vencidas, á quién tocan? ibi. num. 6. p. 297.

Pensiones de finca emphiteutica locada por el emphiteuta, á quién tocan quando al tiempo de la muerte de éste tenian cogidos los colonos sus frutos? ibi. numer. 7. al medio, y 8. pag. 298. y 299.

Pensiones de alhaja emphiteutica locada por el emphiteuta, á quién tocan quando al tiempo de la muerte de éste estaban pendientes en ella los frutos? ibi. num. 11. p. 300.

Pension que alguno tiene sobre beneficio, ó dignidad eclesiastica, cómo se ha de dividir entre sus herederos, y el succesor? ibi. num. 17. pag. 303.

Pensiones de heredades vinculadas, cómo se han de dividir entre el succesor, y herederos del ultimo poseedor que las tenia locadas, ya el colono tenga, ó no recogidos los frutos al tiempo de la muerte de éste? ibi. n. 35. y 36. pag. 317.

Pensiones de casas vinculadas arrendadas, ó de juros, censos, ú otros efectos, y derechos semejantes, cómo se han de dividir entre el succesor, y herederos del ultimo poseedor? ibi. num. 37. pag. dicha.

Pensiones del predio libre de qualquiera de los conyuges que estaba arrendado, y tenia frutos pendientes sembrados á costa del colono quando falleció uno de los dos, cómo se dividirán? ibi. n. 52. p. 327.

Pensiones de bienes fructiferos arrendados, ó de alquileres de casas: réditos de censos, juros, y otros efectos de mayorazgo del marido, ó de su muger, cómo se dividirán por muerte de qualquiera de los dos? ibi. n. 56. p. 331.

Pensiones, ó réditos de censo, diezmo, tributo, y gabela, si deberá pagarlas el usufructuario, ó el propietario? lib. 1. cap. 7. n. 12. y 13. pag. 398. y 399.

Pensiones de los bienes dejados en usufructo, pertenecen al usufructuario: ibi. num. 17. p. 401.

Pensiones de los fundos productivos estando arrendados, á quién corresponderán si los frutos están cogidos por los colonos que los labraban, ó pendientes al tiempo de morir el usufructuario: ó parte cogidos, y parte pendientes? ibi. n. 45. y 46. p. 419.

Pensiones de la locacion del trabajo del siervo, y de alquileres de casas, naves, ú otras cosas; y réditos de juros, censos, y otros efectos, si tocarán á los herederos del usufructuario, ó se prorratearán entre ellos, y el propietario? ibi. n.48. pag. 420.

Pensiones, ó renta vitalicia, que por via de gracia, y donacion concede el Rey, ó Reyna á hijo, ó hija de un criado suyo, si deberá, ó no colacionarla con sus hermanos? lib. 2. cap. 3. num.85.y 86. p.233.y 234.

Pensiones de la cosa locada por el testador, cómo se han de dividir entre sus herederos, y el legatario, á quien estando arrendada la legó? lib. 2. cap. 6. numer. 148. p. 442.

Pensiones annuas, ó réditos de censo, por quántos años se pueden pedir executivamente? lib.3. cap.2. numer. 215. p. 479.

Pensiones, ó réditos de censo pidiendo executivamente alguno dentro de los diez años: excepcionando el reo contra la legitimidad del instrumento, y siendo condenado, si podrá pretender el actor que se amplíe la execucion por los vencidos durante el pleito, ó será precisa nueva sentencia? ibi. n. 223. y 224. pag. 484.

Pensiones, réditos de censo, é intereses, si correrán, ó no mientras dura la moratoria para con los acreedores del que la obtuvo? libro 3. cap.3. n. 150. al fin, y 158. p. 688. y 694.

Perítos. Perítos para valuar los bienes inventariados, quiénes deben ser, qué han de jurar, y por quién han de ser electos? lib.y cap.1. n. 69. y 70. p.60. y 61.

Perítos electos para tasar bienes, si podrán, ó no ser compelidos á admitir este encargo? ibi. n. 72. p. 62.

Y si los podrán, ó no recusar las partes? ibi. n. 73. y 74. pag. dicha, y num. 80. al fin pag. 68.

Perítos, cómo deben portarse, y hacer la tasacion de los bienes inventariados: y si discordan, qué se ha de hacer? ibi. n. 76. 77. y 80. p. 64. 65. y 67.

Perítos, y tercero nombrados para valuar bienes, si discordan, qué puede hacer el Juez? ibi. n. 81. p. 68.

Perítos habiendo muchos, y discordando entre sí, á quié-

quiénes se debe dar credito? ibi. num. 84. y 85. p. 70. y 71.

Perítos, y tercero nombrados para tasar los bienes inventariados, no pueden delegar su oficio: ibi. numer. 86. pag. 71.

Perítos si proceden con injusticia en la tasacion, qué ha de hacer el agraviado? ibi. n. 87. pag. 72.

Perítos, y tercero en discordia, qué juramento han de hacer quando son nombrados para declarar en asunto litigioso: y qué se les ha de manifestar, para que depongan con conocimiento? lib. 3. cap. 1. num. 340. pag. 194.

Posiciones. Posicion, qué es, y cómo debe hacerse? libro 3. cap. 1. n. 288 p. 162.

Posiciones, para qué fueron inventadas, y quién puede hacerlas? ibi. n. 289 pag. 163.

Posiciones, en qué se diferencian de los articulos, ó interrogaciones? ibi. n. 290. pag. dicha.

Posiciones, si podrán, ó no hacerlas los Procuradores de las partes; y quándo deben hacerse? ibi. n. 291. y 292. pag. 165.

Posiciones siendo confusas, ó impertinentes, no deben ser admitidas, ni el preguntado está obligado á responder á ellas sino quiere: ibi. n. 293. p. 166.

Posiciones siendo hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, si deberá responder á ellas el preguntado, ó su Procurador, y en qué pena incurre si no lo hace claramente? ibi. n. 293. y 294. pag. dicha.

Posiciones, y juramentos de calumnia, quién debe recibirlos? ibi. n. 294. al fin.

Precio. Precio, ó valor de los bienes inventariados, á qué tiempo se ha de considerar para excluir la querella de inoficioso testamento: ver si queda á los herederos su parte: ó partirlos entre estos? lib. y cap. 1. num. 78. y 79. p. 66.

Precio, ó valor del fundo patrimonial que constante matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, se comunica á su muger, pero no el fundo: libro 1. cap. 4. n. 13. p. 212.

Precio, ó valor de los oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros comprados por los conyuges constante matrimonio, si se les comunicará, ó no;

y

y por quál se han de adjudicar si valen mas, ó menos que el que costaron? ibi. n.14. y 15. p.213.

Precio, ó valor de alguno de los oficios referidos que el marido habia comprado antes de casarse, pero no pagado enteramente, no se comunica á la muger, excepto el desembolsado en su tiempo: ibi. num.16. pag. 214.

Precio, ó valor mayor, ó menor que tenga alguno de los referidos oficios, y otros comprados por el marido antes de casarse, y se aumentó despues de casado, no se comunica á la muger: ibi. n. 18. p.215.

Precio, ó valor de la finca, que antes de casarse tenia vendido el marido con pacto de *retrovendendo*, si despues de casado la recupera, es comunicable á la muger: ibi. n. 23. pag. 218.

Precio de la esclava de alguno de los conyuges que se muere constante matrimonio, debe resarcirsele de los gananciales: ibi. n. 24. pag. 218.

Pregones. Pregones, quándo, en dónde, y en qué dias deben darse á los bienes executados, ya sean muebles, ó raíces: y quántos deben ser, existiendo, ó no el executado en el Pueblo del juicio? lib. 3. cap. 2. n. 133. y 134. pag. 429. á la 431.

Pregones, quántos se deben dar, quando la execucion se trabó en bienes muebles y raíces: ó se mejoró, ó hizo de nuevo en otros: ó se trabó en muebles, y amplió, ó mejoró en raíces? ibi. num. 135. y 136. pag. 431. y 432.

Pregones, quándo es superfluo darlos; y si no hay pregonero en el Pueblo, qué se debe hacer? ibi. n. 137. y 138. p. 432. y 433.

Pregones, quántos, y en qué dias se deben dar á los bienes executados por el Fisco? lib. 3. cap. 3. num. 83. pag. 650.

Preguntas. Preguntas, quáles debe hacer el actor al reo, quándo quiere demandarle civilmente: y si estará, ó no obligado á responder á ellas? lib. 3. cap. 1. num. 122. al 124. pag. 77. y 78.

Preguntas no deben hacerse sobre la confesion clara, pero sobre la ficta se puede admitir prueba: ibi. n. 295.

295. pag. 167.
Preguntas, quáles se llaman generales, y se deben hacer á los testigos? ibi. n. 312. al 314 p. 178. y 179.
Preguntas utiles, quáles han de ser: y si el Juez deberá, ó no admitirlas, y comunicar á una parte el interrogatorio de la otra? ibi. n. 315. y 316. pag. 180.
Preguntas, quáles se deben hacer á los testigos para que den razon de su dicho, y haga fé? ibi. n. 317. al 319. pag. 181. á la 183.
Preguntas sugestivas no deben hacerse: ibi. n. 320. pag. 184.
Prelacion. Prelacion, é hipoteca, si la habrá, ó no en la cosa hipotecada, en caso de mudar su estado? lib. 3. cap. 3. num. 140. pag. 682.
Prelacion, é hipoteca, si la habrá, ó no en la nave deshecha, ó destruida, y en la seda, lana, lino, y otras primeras materias que se tiñen, y tejen? ibi. num. 141. pag. 683.
Prelacion, si la habrá, ó no en el precio de la cosa vendida, é hipotecada, en caso de bolverse á vender: en la que se subrrogare, ó comprare con él: y en la comprada con dinero ageno? ibi. num. 142. p. 683. dicha.
Sobre otras especies veanse las palabras: Hipoteca, y Acreedor.
Prescripcion. Prescripcion para pedir la particion contra el coheredero que posee la herencia, por quánto tiempo se induce? lib. 1. cap. 2. n. 14. pag. 100.
Prescripcion, qué es, y para qué fue introducida? lib. 3. cap. 2. n. 209. p. 475.
Prescripcion para pedir executivamente, quándo la habrá, ó no? ibi. n. 210. al 212. pag. 476. y 477.
Prescripcion, contra qué personas no corre? ibi. n. 212. pag. 477.
Prescripcion, desde quándo empieza en la sentencia, instrumento, y executoria? ibi. n. 214. pag. 479.
Prescripcion para pedir executivamente los réditos de censo, desde quándo empieza á correr? ibi. num. 215. pag. dicha.
Prescripcion para pedir executivamente la deuda que consta en vale, ó en otro papel simple, desde quándo empieza, y se deben contar los diez años; si desde su fecha, ó desde

su

su reconocimiento ? ibi. n. 216 al 219 p. 480. y 481.
Prescripcion, por qué actos se interrumpe ? ibi. num. 220 pag. 482.
Prescripcion, para pedir sus debitos, y salarios los Abogados, Procuradores, Agentes, Boticarios, Joyeros, Especieros, y criados de servicio, desde quándo empieza, y qué tiempo se les concede ? ibi. n. 222. pag. 483.
Prescripcion de la costumbre de exigir la decima de la execucion, por quánto tiempo se induce ? ibi. n. 344. pag. 546.
Presuncion. Presuncion, ó congetura qué es, y de quántas maneras ? lib. 3. cap. 1. n. 358. pag. 204.
Privilegio. Privilegio de caso de Corte, á qué personas compete, y por qué causas ? lib. 3. cap. 1. n. 40. y 41. pag. 41. y 42.
Privilegio de caso de Corte, en qué casos no gozan de él las personas, á quienes está concedido ? ibi. num. 42. pag. 42.
Privilegio de caso de Corte, en qué caso competirá al que no lo tiene ? ibi. num. 43. pag. 43.
Privilegio de caso de Corte, quándo no competirá al n privilegiado contra el que lo es ? ibi. n. 45 p. dicha.
Privilegio concedido al heredero, si le eximirá de ser demandado en el fuero de su instituyente ? ibi. n. 48. al 51. p. 45. y 46.
Privilegios, de quántas clases son : quándo se extinguen, y pierden : cómo deben estar para que hagan fé : y á quién incumbe la prueba de haberse perdido ? ibi. num. 352. y 353. pag. 201.
Privilegio de restitucion compete á los que gozan del beneficio de menor edad, no solo siendo principales en la causa, ó saliendo á ella como opositores, sino coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados : ibi. n. 399. pag. 231.
Privilegio de restitucion, quándo competirá, ó no á los litigantes, si ambos son privilegiados ? ibi. n. 400. pag. dicha.
Privilegio de restitucion si competirá, ó no al que no es privilegiado, quándo la cosa litigiosa es individua, y pertenece á dos, uno menor, y otro mayor, y ambos contienden sobre ella

ella contra otro? ibi. num. 401. pag. 231.
Privilegios, rescriptos, cedulas, y Provisiones reales, si serán, ó no executivos? lib. 3. cap. 2. n. 50. pag. 385.
Privilegios, ó rescriptos, quáles no son válidos? ibi. n. 51. y 52. p. 385. y 386.
Privilegio de nobleza, á quién compete: quántas clases hay de ellos: quál se llama nobleza de privilegio, de sangre, y de bondad: y si de la del executado podrá, ó no conocer el Juez que entiende en la execucion? ibi. n. 143. al 152. pag. 436. á la 443.
Privilegio de vizcainía compete á los vizcaínos ibi. n. 154. pag. 443.
Privilegio de nobleza personal, á qué personas compete por su oficio, grado, ó facultad? ibi. n. 155. y 156. pag. 446. y 447.
Privilegio de nobleza del marido compete á su muger casada, y viuda: ibi. n. 157. pag. 447.
Privilegio de no poder ser presas por deuda civil, á qué personas, quándo, y en qué casos compete? ibi. n. 158. y 159. pag. 448.
Privilegio de no poder ser convenidos en mas de su posibilidad, quiénes gozan de él, ya litiguen entre sí, ó con el que no es privilegiado: y si el Alguacil incurrirá en pena por ponerlos presos por deuda? ibi. num. 160. al 164. p. 449. á la 451.
Procurador. Procurador, ó apoderado, si podrá, ó no substituir el poder, y el substituto substituirlo tambien? lib. 3. cap. 1. n. 29. al fin pag. 35.
Procuradores de Cortes, por qué causas pueden ser demandados en la Corte? ibi. n. 44. pag. 43.
Procuradores de los Concejos que vienen á la Corte á negocios de estos, porqué deudas podrán, ó no ser prendados en ella? ibi. n. 45. pag. dicha.
Procuradores de las partes, si podrán, ó no hacer posiciones? ibi. n. 291. y 292. pag. 165.
Procurador, quándo podrá, ó no responder á las posiciones del adversario de su parte? ibi. n. 293. p. 166.
Protesta. Protesta de agregar al inventario los bienes que aparezcan pertenecer á la herencia, si será, ó no

preciso que la haga el que lo formaliza? lib. y cap. 1. n. 41. pag. 39.

Protesta referida, si eximirá, ó no de la pena de ocultador al inventariante? ibi. n. 106. y 107. pag. 83. y 84.

Protesta, quál debe hacer el padrastro para poder repetir los alimentos que dá á su entenado? lib. 1 cap. 4 num. 120. pag. 289.

Protesta haciendo el padre de que los gastos que expende en embiar á su hijo al estudio, se le han de imputar en quenta de legitima; si se le imputarán, ó se entenderá mejorado en su importe? lib. 2. cap. 3. n. 71. y 74. al 76. pag. 225. 227. y 228.

Protesta haciendo, ó no el reo de contestar la demanda á su tiempo, quándo forma articulo de no contestarla, si desprecia do este, podrá pedir termino despues para contestarla? lib. 3. cap. 1. n. 191. pag. 108.

Protesta, si será, ó no preciso hacerla contra las personas, y dichos de los testigos al tiempo que se presentan? ibi. num. 408. pag. 236.

Protesta, quál debe hacer el que presenta testigos al tiempo de su produccion, para que sus deposiciones no le perjudiquen? ibi. n. 409. pag. 237.

Protesta, quál debe hacer el que pide la execucion, para no incurrir en pena? lib 3. cap. 2. n. 116. cerca del fin. pag. 417.

Protesta quál debe hacer el que forma concurso? lib. 3. cap. 3. n. 13. pag. 608.

Prueba. Prueba de ocultacion, por qué medios se puede hacer; y de qué dolo ha de ser, si del verdadero, ó del presunto? lib. y cap. 1. n. 103. y 104. pag. 82.

Prueba, qué es, y de quántas maneras? lib. 3. capit. 1. num. 277. y 278. pag. 155. y 156.

Prueba, á quién incumbe? ibi. num. 279. pag. 156.

Prueba judicial, cómo, y por quántos medios puede ser hecha? ibi. num. 283. pagin. 158.

Prueba puede admitirse sobre la confesion ficta; mas no sobre la clara: ibi. numer. 295. pag. 167.

Prueba hecha en un juicio se ha de reproducir en otro con el mismo contendor, si

si concierne á él: ibi. numer. 347. pag. 198.
Prueba por testigos no puede hacer despues de su publicacion el que no es privilegiado, excepto sobre falsedad de instrumento: ibi. num. 398. pag. 230.
Prueba por instrumentos, si podrá hacer despues de la conclusion el mayor; y qué debe jurar para que se le admitan? ibi. n. 417. pag. 242.
Prueba por confesion de la parte adversa, por juramento supletorio, y por vista ocular puede hacer qualquiera litigante despues de conclusa la causa: ibi. num. 418. pag. dicha.
Publicacion. Publicacion de probanzas, quándo deben pedir los litigantes, y el Juez hacerla? lib. 3. cap. 1. n. 388. al 390. p. 225.
Publicacion de probanzas, para qué sirve? ibi. n. 391. pag. 226.
Publicacion de las deposiciones de los testigos, quién debe hacerla; y hecha, qué se ha de practicar? ibi. num. 392. pag. dicha.
Publicacion particular de los testigos examinados por restitucion, ó para probar las tachas de otros no debe hacerse: ibi. num. 406. pag. 235.
Puja. Puja haciendo el heredero en algunas fanegas de la heredad que tiene muchas, y unas de mejor calidad que otras, quándo se le admitirá, ó no? lib. 1. cap. 1. n. 91. y 92. p. 74.
Puja, ó mejora en los bienes de la herencia, quándo debe ser hecha? ibi. n. 93. pag. 75.

Q

Quarta falcidia. Quarta falcidia debe deducirse de las donaciones, ó legados que se confirman con la muerte, hechos inter vivos á herederos estraños: lib. y cap. 2. n. 77. p. 126.
Quarta marital, quándo corresponde á la viuda? lib. 2. cap. 3. n. 171. y 172. pagin. 305. y 306.
Quarta marital, si la llevará, ó no íntegra la viuda que tiene mas de tres hijos? ibi. n. 173. p. 307.
Quarta marital pierde la viu-

da en propiedad, y solo la compete su usufructo, si buelve á casarse: ibi. numer. 174. pag. dicha.

Quarta marital debe restituir á sus hijos la viuda que vive deshonestamente: ibi. al fin.

Quarta marital se debe baxar como deuda antes de deducir la mejora: ibi. numer 175. pag. 308.

Quarta marital, si se computará, ó no para deducir la mejora, quando el padre mejoró irrevocablemente á un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse? ibi. num. 176. al 178. p. 308. y 309.

Quarta marital, si competirá, ó no al marido, y si en caso de succeder en ella estará obligado, ó no á satisfacer del importe los gastos funerarios de su muger, ó se ha de deducir la quarta antes que el quinto, y de éste baxarse aquellos? ibi. num. 178. cerca del fin.

Quinto. Quinto de sus bienes puede dexar el testador que tiene hijos, ú otros descendientes legitimos, por su alma, ó á quien quisiere: lib. 2. cap. 1. n. 21. pag. 19.

Quinto puede dexar el testador que tiene hijo postumo, en perjuicio de éste: ibi. num. 23. pag. 20.

Quinto donando el testador en vida á un descendiente, y legando otro por ultima voluntad á otro descendiente: ó uno por su alma, ó á estraño, y otro á un descendiente, si valdrán ambos? ibi. n. 24. y 25. pag. 22.

Quinto integro, si podrá dexarlo el testador que tiene cinco, ó mas hijos, ó descendientes legitimos, á un estraño, ó ilegitimo, ó por su alma? ibi. n. 26. p. 23.

Quintos disponiendo de dos el testador entre estraños, quál valdrá, ya sea irrevocable la primera disposicion, ó revocables ambas? ibi. num. 27. al 29. p. 25. y 26.

Quinto de sus bienes legando el testador en su testamento á un hijo suyo, y en otra clausula de él, el mismo quinto á otro, si se revocará en quanto al primero, ó serán dos quintos, ó uno para ambos hijos? ibi. numer. 30. pag. 27.

Quinto de los bienes del testador que tiene descendientes legitimos, está sujeto á los gastos de su funeral,

Mi-

Misas, entierro, y legados, y de él se deben deducir: pero no, si testa entre estraños, excepto que lo mande: ibi. n. 31. y 32. pag. 27. y 28. y capit. 6. n. 109 y 110. pagin. 420.

Quintos legando dos el testador á dos hijos en ultima disposicion, de quál se deberán deducir los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados? dicho libro 2. y cap. 1. num. 35. y 36. pag. 30.

Quinto dexando el testador á un hijo natural, ó espurio, instituyendo por herederos á sus hermanos, y haciendo algunos legados, mandando que los paguen sus herederos, ó no disponiendo cosa alguna acerca de ellos, ni de su funeral, quién deberá pagarlos? ibi. num. 38. p. 31.

Quinto dexando á estraño, ó por su alma el padre que tiene descendientes legitimos, y está condenado por sentencia á alimentar á un hijo natural, de dónde se deben deducir los alimentos de éste? ibi. num. 39. pag. 32.

Quinto donando el padre por contrato irrevocable á un hijo, y legando otro quinto en ultima disposicion á otro hijo, de quál se deben deducir los gastos funerarios, Misas, y legados que haga? ibi. n. 40. y 41. pag. 32. y 33.

Quinto donando irrevocablemente el padre á un hijo, ó á estraño, y entregandole, ó no la cosa donada, de dónde se han de deducir los gastos funerarios, Misas, y legados? ibi. numer. 42. al 48. pag. 34. á la 38.

Quinto de mejora entre descendientes, se debe deducir antes que el tercio; excepto en dos casos: lib. 2. cap. 2. num. 46. al 49. pagin. 109. á la 111.

Quinto, si se sacará primero que el tercio, quando el padre mejora en éste por ultima disposicion á un hijo; no dispone de aquel; y los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, no solo caben en él, sino que sobra algo? ibi. n. 52. y 53. p. 113. y 114.

Quinto, si se deberá, ó no deducir de los bienes que los hijos colacionan, al modo que de los que dexa el testador; ya lo legue á un hijo, ó á estraño, ó por su

su alma? lib. 2. cap. 3. numer. 169. y 170. pag. 301. á la 304.

Quinto debe sacarse despues de la quarta marital, quando el marido succede en ésta; y de aquel se han de deducir los gastos funerarios de su muger: ibi. numer. 178. pag. 309.

Quinto, si deberán, ó no distribuir por el alma del que murió intestado los ascendientes, descendientes, hermanos, ó parientes que le heredan? lib. 2. cap. 7. num. 63. y 64. pag. 486. á la 488.

Quinto, si se deberá deducir antes, ó despues que el tercio, quando el testador nombra por sus herederos á tres, ó mas estraños; mejora á dos de ellos, al uno en el quinto, y al otro en el tercio de todos sus bienes, y no dice quál se ha de baxar primero; ó cómo se ha de proceder en la particion? lib. 2. cap. 8. n. 19. pag. 506. y 507.

R

Reconvencion. Reconvencion, qué es, y quién puede, ó no hacerla? lib. 3. cap. 1. num. 224. y 225. pag. 127. y 128.

Reconvencion, en qué se diferencia de la excepcion, y compensacion? ibi. numer. 226. pag. 129.

Reconvencion, y prevencion de jurisdicion, qué efectos causan; y quándo se verifican juntos los de la reconvencion, ó el uno solo? ibi. num. 227. al 229. pagin. 129. y 130.

Reconvencion, dentro de qué termino debe hacerse; quánto se concede al actor para responder á ella, y al reo para satisfacer á su réplica, y Escrituras que presente? ibi. num. 233. al 235. p. 133. y 134.

Reconvencion se puede poner ante el Juez delegado: ibi. n. 237. pag. 135.

Reconvencion se puede hacer ante los Jueces particulares de algunas personas; excepto en un caso: ibi. num. 238. pag. 136.

Reconvencion, si se podrá, ó no hacer ante el Juez prorrogado? ibi. n. 239. pag. dicha.

Reconvencion no puede hacerse ante el arbitro voluntario electo de comun consentimiento de los contendores; pero sí ante el arbitro juris electo por necesidad de la ley: ibi. numer. 240. pag. 136.

Reconvencion no há lugar ante el Juez de apelacion: ibi. num. 241. pag. 137.

Reconvencion, si habrá, ó no lugar ante el Juez diputado para conocer de cierta especie de causas? ibi. num. 242. y 243. p. 137. y 138.

Reconvencion há lugar en qualquiera causa no exceptuada: ibi. n. 244. p. 138.

Reconvencion, quándo habrá, ó no lugar en las causas executivas, y demás sumarias? ibi. num. 245. y 246. pag. 139.

Reconvencion, si habrá, ó no lugar en las causas criminales? ibi. n. 247. pagin. 140.

Reconvencion, si habrá, ó no lugar en las causas posesorias entre sí, ó con el petitorio, ya sea entre despojado, y despojador, ó tercero poseedor? ibi numer. 259 al 266. p. 146. á la 149.

Reconvencion, quándo impedirá la execucion? lib. 3. cap. 2. n. 237. p. 491.

Recusacion. Recusacion, si se podrá hacer, ó no á los perítos nombrados para valuar los bienes inventariados? lib. y cap. 1. numer. 73. y 74. p. 62. y 63.

Recusacion, si se podrá, ó no hacer á los contadores electos para partir los bienes de la herencia? lib. 1. cap. 2. num. 29. al 32. pagin. 108. á la 111.

Recusacion, qué es; por qué razones fue introducida; y qué efectos causa? lib. 3. cap. 1. n. 420. p. 244.

Recusacion del Juez, en qué estado del pleito debe hacerse? ibi. n. 421. p. 245.

Recusacion del Juez, por qué causas se puede hacer? ibi. num. 422. pag. dicha.

Recusacion del Juez Letrado ordinario, ó delegado secular, cómo se ha de hacer, y con quién debe acompañarse? ibi. n. 423. y 424. pag. 247. y 248.

Recusacion del Juez electo por el Principe para conocer de un negocio, si podrá hacerla el que lo impetró; ó el que acudió ante él para que le administrase justicia? ibi. n. 430. pag. 250.

Re-

Recusacion, quándo se puede hacer al asesor que nombra el Juez lego? ibi. numer. 431. pag. dicha.

Recusacion general de asesores, si se deberá, ó no admitir; y quántos se pueden recusar en un juicio? ibi. num. 432. pag. 251.

Recusacion del Juez Eclesiastico ordinario, ó delegado, quándo se ha de hacer; y cómo se debe proceder en la inquisicion, y conocimiento de las causas de ella? ibi. num. 434. al 436. p. 253. y 254.

Recusacion de los Jueces arbitros, cómo, ante quién, y quándo puede hacerse? ibi. num. 437. pag. 254.

Recusacion, si se podrá, ó no hacer al Juez mero, ó mixto executor? ibi. numer. 438. pag. 255.

Recusacion, si se podrá hacer al Juez de residencia; y con quién debe, ó no acompañarse? ibi. n. 439. pag. 256.

Recusacion, por qué causas se podrá hacer á los Señores del Consejo, Alcaldes de Corte, y Oidores de las Chancillerías, y Audiencias; qué requisitos se deben observar en ella; por qué medios, y dentro de qué termino se pueden probar las causas; y en qué pena incurre el que no las prueba? ibi. n. 440. al 443. pag. 256. á la 258.

Recusacion, si se podrá, ó no hacer al Relator? ibi. num. 444. pag. 259.

Recusacion, si se podrá hacer al Escribano originario del pleito, y á su acompañado? ibi. num. 445. pag. dicha.

Recusacion, si se podrá hacer al Escribano Real, y al que el Juez elige de oficio? ibi. num. 446. y 447. pag. 260.

Relator. Relator, cómo ha de ser recusado; y quién debe pagar los derechos al acompañado? lib. 3. cap. 1. n. 444. p. 259.

Religiosos. Religiosos profesos, si podrán, ó no comparecer en juicio? lib. 3. cap. 1. n. 15. pag. 30.

Remate. Remate de los bienes executados, en dónde debe celebrarse, y cómo se ha de proceder en las posturas, y pujas, ó mejoras? lib. 3. cap. 2. n. 296. al 298. pag. 521. y 522.

Remate de los bienes executados, quándo quedará firme; y si despues de celebrado se podrá abrir, y qué

qué se deberá practicar en Rentas Reales? ibi. n. 300. y 301. pag. 523.

Remate de los bienes de menores, ó mayores á quienes está concedido el privilegio de restitucion, si se podrá abrir, y quándo; y cómo se ha de proceder en las pujas? ibi. n. 302. al 304. p. 524. y 525.

Remate debe ser aceptado por el postor, y comunicado al deudor, y acreedores: ibi. n. 305. p. 525.

Remision. Remision de acreedores, qué es? lib. 3. capit. 3. num. 162. p. 696.

Remision de lo que alguno debe á sus acreedores no puede hacerla el Rey, ni vale el rescripto que sobre ello expida: ibi. n. 163. pag. dicha.

Remision de parte de la deuda pidiendo el deudor á sus acreedores antes de hacer cesion de bienes, por quántos ha de ser hecha para que le aproveche, y si perjudicará, ó no al que fue convocado, y no compareció á la concesion? ibi. num. 164. pag. 697.

Remision, ó espera de acreedores, si podrán pretenderla los Mercaderes, Cambiantes, Comerciantes, y Factores suyos? ibi. n. 165. pag. dicha.

Representacion. Representacion verdadera, en quiénes se verifica? lib. 2. capit. 3. n. 26. cerca del fin pag. 198.

Representacion acerca de la succesion, qué es? ibi. num. 29. pag. 199.

Representacion no há lugar entre los ascendientes quando se trata de succeder á sus descendientes: libro 2. cap. 4. n. 8. p. 316.

Representacion para que haya lugar en los transversales hasta el tercer grado, quién debe concurrir con ellos? lib. 2. cap. 7. n. 44. pag. 476.

Representacion para ser inducida, se requieren quatro causas: ibi. num. 45. pag. 477.

Requisitoria. Requisitoria debe despachar el Juez para citar al heredero ausente, cuyo paradero se sabe, á fin de que asista al inventario, y particion: lib. 1. cap. 2. n. 7. p. 96.

Requisitoria de emplazamiento, cómo ha de ir documentada para que el Juez requerido no deniegue su cumplimiento? libro 3. cap. 1. n. 138. p. 84.

Requisitoria de emplazamiento, ú otra qualquiera, quántos dias ha de estar en el juzgado en que se presenta, despues de concluidas las diligencias que previene; y si se pide su retencion, con quién se ha de substanciar? ibi. n. 139. pag. 85.

Requisitorias, quántas se han de librar á instancia del actor para substanciar contra el reo cotumaz domiciliado en otra jurisdicion, el pleito civil ordinario: y si el Juez requerido deberá, ó no cumplimentarlas? ibi. num. 160. al 164. pag. 94. y 95.

Requisitoria debe enviar el Juez de la causa al del Pueblo en que existen los testigos para examinarlos, compulsar, y cotejar instrumentos, y hacer vista ocular, y éste cumplimentarla: ibi. n. 328. pag. 188.

Requisitoria para notificar la demanda estendida: ibi. n. 506. pag. 298.

Requisitoria para hacer probanza: ibi. num. 521. pag. 310.

Requisitoria de execucion, quándo se ha de expedir; y para qué efectos? lib. 3. cap. 2. n. 167. pag. 453.

Requisitoria estendida para executar al deudor domiciliado en otra jurisdicion: ibi. num. 399. pag. 585.

Requisitoria de pago estendida para vender bienes existentes en otra jurisdicion: ibi. num. 400. pag. 587.

Requisitoria de pago contra un deudor vecino de Pueblo diverso del del juicio: ibi. n. 401. pag. 589.

Reservacion. Reservacion debe hacer la madre á los hijos procreados en su anterior matrimonio de los bienes que hubo de su padre por ultima disposicion, ó por contrato lucrativo en caso de bolverse á casar: lib. 2. cap. 5. n. 3. pag. 336.

Reservacion debe hacer á los hijos de su anterior matrimonio de lo que heredó abintestato de alguno de ellos, ó por titulo particular de legado, ó fideicomiso proveniente de su padre: ibi. n. 5. pag. 337.

Reservacion debe haceries de lo que los parientes de su marido la dieron por mera contemplacion de éste: ibi. n. 6. pag. 338.

Reservacion debe hacer la abue-

abuela á sus nietos en iguales terminos que á sus hijos: ibi. n. 8. pag. 340.
Reservacion, de qué bienes deben hacerla á los hijos, y descendientes de sus anteriores matrimonios el marido, y su muger? ibi. n. 9. pag. dicha.
Reservacion no debe hacer la madre de lo que el hijo adquirió por otro titulo que no sea de succesion de su ascendiente: ibi. n. 16. pag. 345.
Reservacion, si deberá, ó no hacer la madre de lo que la dexó el hijo que murió testado? ibi. num. 17. pag. 346.
Reservacion no debe hacer la madre á los hijos de su anterior matrimonio de lo que su marido la dió por via de remuneracion: ibi. n. 18. pag. dicha.
Reservacion no debe hacerles la madre, quando para bolverse á casar obtuvo licencia del Principe: ibi. n. 19. pag. 347.
Reservacion no debe hacerles la madre que para bolverse á casar consiguió licencia de su marido, ó quando al tiempo de hacerla la donacion expresó que en ningun caso habia de estar obligada á reservarla: ibi. n. 20. pag. 348.
Reservacion no está obligada á hacer la madre quando sus hijos mayores la dieron licencia para casarse, ó aprobaron, y consintieron su boda, ó la remitieron la injuria: ibi. n. 21. al 27. pag. 348. á la 352.
Reservacion no estando obligada á hacer la madre, hace suyos los bienes que heredó de sus hijos: ibi. n. 28. pag. 353.
Reservacion no está obligada á hacer la madre del usufructo de los bienes que hubo de su marido, ni de los que compró con su importe: ibi. n. 30. pag. 354.
Reservacion de los bienes gananciales no están obligados á hacer los padres á sus hijos: ibi. num. 32. pag. 355.
Restitucion. Restitucion, en qué casos no se debe otorgar á los menores, y demás privilegiados, ni á los mayores, á quienes el derecho la concede, para indemnizarse del agravio que en la sentencia se les irrogó? lib. 3. cap. 1. num. 494. pag. 289.
Restitucion para que se con-

ceda al menor leso en la sentencia, qué debe hacer constar: y dentro de qué tiempo debe pretenderla? ibi. n. 495. pag. 290.

Restitucion por lesion en la sentencia, ó contrato para que se conceda á la Iglesia, República, y Fisco, quándo deben pedirla: y quántas clases de bienes puede poseer el Rey? ibi. n. 497. pag 291.

Restitucion por prescripcion, quándo deben pedirla el Fisco, Iglesia, y República: y qué cosas nunca prescriben? ibi. num. 498. pag. 292.

Revocacion. Revocacion de la mejora del tercio hecha en contrato, ó en ultima voluntad á los descendientes, pueden hacer sus ascendientes hasta su muerte: lib. 2. cap. 2. num. 56. pag. 116.

Revocacion, quién debe probarla? ibi. num. 57. pag. 117.

Revocacion de la mejora no se entiende hecha quando el padre mejora en su testamento á un hijo, y en codicilo á otro, ó en el propio testamento, ó en otro acto continuo hace mejora, ó prelegado á dos hijos con separacion: ibi. n. 57. y 58. pag. dicha.

Revocacion de la mejora se entiende quando el padre la hace á un hijo de cierta suma que tiene en parte determinada, con la qual compra un fundo, y despues lo vende; pero no si éste existe en su poder al tiempo de su muerte: ibi. n. 59. pag. 118.

Revocacion de la mejora no se entiende quando el padre la hace del tercio, ó del quinto á un hijo, y por parte de su importe le consigna ciertos creditos que despues cobra, si deposita su importe, ó con él compra alguna cosa: ibi. num. 60. pag. dicha.

Revocacion de la mejora hecha en testamento se entiende quando el mejorante lega en codicilo un fundo al mejorado, y manda que se contente con él; pero no si en el mismo testamento le lega el fundo: ibi. n. 61. pag. 119.

Revocacion de la mejora, ó legado hecha en testamento, si se entenderá, ó no por el empeño de la cosa consignada para su pago? ibi. num. 62. pag. dicha.

Revocacion de la mejora, ó le-

legado, si se entenderá, ó no hecha por la enagenacion voluntaria, ó necesaria de la cosa consignada para su satisfaccion? ibi. n. 63. pag. cit.

Revocacion de la mejora, de quántas maneras se puede hacer? ibi. n. 64. pag. 120.

Revocacion de la mejora por nombramiento de quota cierta, si se inducirá, ó no por la enagenacion de la misma quota, ó parte de ella, ya sea oneroso, ó no el contrato? ibi. num. 65. y 66. pag. 121.

Revocacion de la mejora hecha en cosa cierta, si se inducirá, ó no de su enagenacion necesaria, ó voluntaria por contrato oneroso, ó lucrativo? ibi. n. 67. pag. 122.

Revocacion de la mejora por nombramiento de quota hecha, ó consignacion en cosa cierta, si se inducirá, ó no de la enagenacion necesaria, ó voluntaria de la misma cosa por titulo oneroso, ó lucrativo? ibi. n. 68. pag. 123.

Revocada se conceptúa la mejora, ó legado que el padre hizo á su hijo para que case con cierta muger, si ésta fallece antes del matrimonio, excepto en un caso: ibi. n. 72. y 73. pag. 124. y 125.

Revocada se conceptúa la mejora hecha por el testador á uno de sus herederos por la hecha posteriormente á otro, quando expresa que la hace porque se observe igualdad entre ellos: ibi. n. 75. pag. 125.

Revocada se entiende la mejora hecha por el padre, á un hijo, si despues se enemistaron, excepto que luego se reconcilien: ibi. n. 76. pag. 126.

Revocado se entiende el legado que el marido hizo á su muger, si despues de hecho se divorcian: ibi. num. 76. al fin.

Revocada, si se conceptuará, ó no la mejora que el padre hizo á alguno de sus hijos: ó no teniendo mas que uno, entregandole la mayor parte de sus bienes, por el posterior nacimiento de otros: ibi. n. 78. y 79. pag. 127.

S

Salario. Salario debe darse al hijo despues de la muerte de su madre viuda, á quien sirvió, aunque mientras vivió no se lo haya pedido, si luego lo pretende: lib. 1. cap. 3. n. 75. pag. 119.

Salario, si podrá pretender el hijo por muerte de su padre, quando administró sus bienes por hallarse imposibilitado, y sus hermanos nada lucraron, ni trabajaron? ibi. n. 90. pag. 236.

Salario estipulado debe pagar el amo á su criado, si le despide sin causa, ó hace cosa por la que se vea precisado á despedirse: lib. 1. cap. 4. n. 49. pag. 237.

Salario, quánto tiempo tienen los criados para pedirlo á sus amos? lib. 3. cap. 2. n. 222. pag. 483.

Sentencia. Sentencia del Juez ordinario, y su acompañado no siendo conformes, si se apela de alguna, á quién ha de ir la causa; y no apelandose, quál, y en qué casos será válida? lib. 3. cap. 1. n. 426. pag. 248.

Sentencias del Juez de residencia, y su acompañado no siendo conformes, si se executará, ó no alguna? ibi. n. 439. pag. 256.

Sentencia, quál se llama interlocutoria, y difinitiva? ibi. n. 451. pag. 263.

Sentencia, por qué se llama asi, y dentro de qué termino debe proferirla el Juez? ibi. num. 452. pag. dicha.

Sentencias interlocutoria, y difinitiva, en qué convienen, y se diferencian? ibi. n. 453. pag. 264.

Sentencia interlocutoria, quando tiene, ó no fuerza de difinitiva, quáles interlocutorias se pueden, ó no revocar, ó reformar: y si el precepto de *solvendo* se deberá estimar por sentencia interlocutoria, ó difinitiva? ibi. n. 454. al 456. pag. 265. y 266.

Sentencia judicial, qué cosas debe contener para que no se anule? ibi. num. 457. pag. 267.

Sentencia, para que sea válida, quántas causas prin-

ci-

cipales deben concurrir en ella? ibi. num. 459. al 463. pag. 267. á la 270.
Sentencias, quáles puede, ó no reformar, ó revocar el Juez que las profirió? ibi. n. 472. y 473. pag. 274. y 275.
Sentencia, á quién se debe notificar? ibi. num. 474. pag. 275.
Sentencia de que no se apeló, para declararse por pasada en autoridad de cosa juzgada, qué diligencias se deben practicar? ibi. n. 475. pag. 276.
Sentencia, quál se llama pasada en autoridad de cosa juzgada, y qué efectos produce? ibi. num. 481. pag. 280.
Sentencia declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, en qué casos se puede rescindir, y revocar? ibi. n. 482. pag. 281.
Sentencia, qué presuncion tiene á su favor? ibi. num. 483. pag. 284.
Sentencia, quál se llama nula, y quál injusta? ibi. n. 485. pag. 285.
Sentencias, quáles son nulas? ibi. n. 486. al 490. pag. 285. á la 287.
Sentencia proferida contra unos, en qué casos daña, ó aprovecha á otros? ibi. n. 499. y 500. p. 292. y 293.
Sentencia, por qué Juez se debe executar? ibi. num. 501. y 502. pag. 294.
Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada trae aparejada execucion: lib. 3. cap. 2. n. 3. pag. 356.
Sentencia de los Jueces compromisarios, quando traerá aparejada execucion? ibi. n. 4. pag. dicha.
Sentencias, quáles se deben executar sin embargo de apelacion? ibi. n. 5. y 6. pag. 357.
Sentencia dada contra el Juez para que restituya las costas, salarios, y condenaciones que percibió, si traerá, ó no aparejada execucion? ibi. num. 7. pag. 358.
Sentencias, quáles traen aparejada execucion? ibi. numero 9. pag. 359.
Sentencia de remate, quándo debe proferirla, ó no el Juez? ibi. num. 281. al 285. pag. 513. y 514.
Sentencia de remate para executarse, qué fianzas han de preceder? ibi. n. 285. al 290. pag. 514. á la 518.
Sentencia de remate se ha de executar sin embargo de

de apelacion, precediendo las fianzas de Toledo, ó Madrid, excepto en dos casos: ibi. num. 291. y 292. pag. 518. y 519.

Sentencia de remate se ha de executar aunque se alegue nulidad de ella, excepto que ésta sea notoria, y resulte de los mismos autos: ibi. n. 293. pag. 519.

Sentencia proferida en el juicio executivo, no produce excepcion de cosa juzgada para el ordinario: ibi. n. 294. pag. 520.

Sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ó mas terceros, si se deberá, ó no executar sin embargo de apelacion? ibi. num. 340. pag. 543.

Sentencia dada en el juicio de concurso es apelable, y la de vista se debe executar baxo de fianza depositaria: lib. 3. cap. 3. n. 32. pag. 619.

S ante E.

Servidumbre. Servidumbres, quántas son? lib. 1. cap. 7. n. 1. al 3. pag. 392. y 393.

S ante I.

Siervos. en qué casos pueden comparecer en juicio: lib. 3. cap. 1. n. 15. pag. 30.

Siervo, siendo presentado por testigo, en qué casos hará fé su dicho? ibi. n. 303. pag. 173.

Simulacion. Simulacion de contrato, quándo impedirá sentenciar la causa de remate? lib. 3. cap. 2. n. 201. pag. 472.

Simulacion de contrato, de quántos modos se comete, y quién puede oponerla en juicio? ibi. n. 202. al 206. pag. 472. á la 474.

Sociedad. Sociedad conyugal, en qué se diferencia de la convencional? lib. 1. cap. 4. n. 82. al 84. pag. 261. á la 264.

Sociedad tacita para renovarse, y contraerse entre los hermanos, ó entre el nieto, y un tio hermano de su padre, ó entre el padre, madre, y sus hijos, qué requisitos son necesarios? ibi. n. 85. pag. 265.

Sociedad de todos los bienes, ó de cierta negociacion, conducion, ó arrendamiento que con alguno tenia contraído el marido, cesa por su muerte, y si la muger era participe en ella, llevará la mitad del lu-

lucro que á su marido tocaba : ibi. n. 92. pag. 269.
Sociedad, cómo se contrae, y disuelve : si puede contraerse de modo que pase á los herederos, y quándo pasará á éstos ? ibi. dicho num. 92.
Sociedad renovandose entre el socio, y herederos, y viuda del consocio, se debe comunicar entre todos la utilidad, ó perdida : ibi. n. 93. pag. 271.
Sociedad no teniendo contraído el marido con otro, si era conductor de alcabalas, ó derechos públicos, y al tiempo de su muerte no habia espirado el de ellas, se deben comunicar á su viuda las utilidades, ó pérdidas : ibi. n. 95. pag. dicha.
Sociedad, si se presumirá continuada entre la viuda, y herederos de su difunto marido, que era, ó no mercader, ó girante ? ibi. n. 96. y 97. pag. 272.
Sociedad, si se conceptuará contraída entre la viuda, y herederos de su marido por poseer proindiviso su herencia : ó entre éstos, por comunicar entre sí los frutos de las heredades paternas : ibi. dicho n. 97.
Succesion. Succesion entre ascendientes, y descendientes legitimos, y naturales, es reciproca : lib. 2. cap. 1. n. 60. al fin pag. 46.
Succesion entre el padre, y el hijo legitimado *á jure, vel ab homine* es reciproca : ibi. n. 85. pag. 65.
Succesion por privacion, ó remocion, ó por transmision, qué es ? lib. 2. cap. 3. n. 28. pag. 199.
Succesion del nieto á su abuelo, si le proviene de su padre como la generacion, ó de su propia persona ? ibi. n. 29.
Succesion abintestato, si se defiere á los consanguineos por voluntad, ficta, tacita, ó presunta del difunto ? lib. 2. cap. 7. n. 1. pag. 453.
Succesion, quántas lineas tiene ? ibi. n. 2.
Succesion abintestato entre los hijos naturales, y espurios, y sus padres, y parientes, y la obligacion de alimentar unos á otros, es reciproca : ibi. n. 25. pag. 465.
Succesion abintestato entre ascendientes, descendientes, y colaterales, hasta qué grado se estiende? ibi. n. 39. pag. 474.

T

Tachas. Tachas, ó repulsas no pueden oponer los litigantes á los testigos al tiempo de hacer la prueba, excepto en un caso; pero sí despues de hecha publicacion; y abonar los suyos: lib. 3. cap. 1. n. 402. pag. 232.

Tachas de los testigos para que se admitan, qué requisitos deben intervenir de parte del que las pone; y en qué termino las ha de poner? ibi. num. 403. pag. dicha.

Tachas, si se han de poner en pedimento, ó interrogatorio, y dentro de qué termino? ibi. num. 404. pag. 233.

Tachas siendo admisibles, dentro de qué termino se han de probar, y recibirse á prueba de ellas, ya goce, ó no del privilegio de menor edad alguno de los litigantes? ibi. n. 405. pag. 234.

Tachas, si se han de justificar por testigos, quáles han de ser éstos? ibi. num. 406. pag. 235.

Tachas que se pueden poner á los testigos, de quántos generos son? ibi. n. 407. pag. 236.

Tachas, quándo las podrá poner en un juicio contra las personas de los testigos, el que los presentó en otro? ibi. n. 409. pag. 237.

Tachas, si no de enemistad capital, en qué causas no se admiten? ibi. n. 411. pag. 238. y cap. 2. n. 264. al fin pag. 503.

Tasacion. Tasacion, quándo se debe, ó no hacer por muerte del difunto de los bienes que dexó, y por quién? lib. y cap. 1. n. 67. al 69. pag. 58. á la 60.

Tasacion de los bienes inventariados para que valga, han de presenciarla, ó ser citadas las partes: ibi. n. 75. pag. 63.

Tasacion de los perítos electos por los herederos, si perjudicará, ó no á los acreedores, y legatarios del testador, y á los terceros poseedores? ibi. n. 96. al 98. pag. 77. y 78.

Tercero. Tercero debe ser nombrado para tasar los bienes inventariados, en caso que los perítos no estén

ten oonformes: y sí todos discordan, qué puede hacer el Juez? lib. y cap. 1. n. 81. pag. 68.

Tercero, si deberá, ó no conformarse con uno de los peritos, ó apartarse de ellos, y dar su dictamen separado? ibi. n. 82. y 83. pag. 69.

Tercero puede ser nombrado de oficio por el Juez, quando los contadores electos para hacer la particion, están discordes: lib. 1. cap. 2. n. 33. y 34. pag. 111. y 112.

Tercero poseedor de los bienes obligados, en qué casos podrá, ó no ser executado? lib. 3. cap. 2. n. 81. y 82. pag. 398.

Tercero opositor, quál se llama; y quántas clases hay de ellos? ibi. num. 327. pag. 537.

Tercero, ante qué Juez ha de oponerse á la execucion, y quándo; y si para que se le admita la oposicion bastará la simple narrativa del derecho que le compete? ibi. num. 328. al 330. pag. 537. y 538.

Tercero opositor, en qué estado debe tomar los autos; y si su oposion suspenderá, ó no la via executiva? ibi. n. 331. al 333 pag. 538. y 539.

Tercero, si se opone á la execucion, y se le admite, qué se debe practicar, y cómo se ha de substanciar? ibi. num. 339. pag. 542.

Tercero poseedor para eludir la execucion que instaura el Fisco, qué excepcion ha de oponer, y probar? lib. 3. cap. 3. n. 80. pag. 648.

Tercero, si prestó dinero al deudor á fin de pagar á cierto acreedor de éste, qué cosas se requieren para que se subrrogue en su lugar? ibi. n. 147. pag. 686.

Tercio, y quinto pueden donar, y dexar padre, y madre en contrato, ó ultima voluntad por via de mejora á qualquiera de sus hijos; pero no puede ser mas que uno en vida, y muerte, aunque perciban frutos de los bienes de ellos: lib. 2. cap. 2. n. 2. y 3. pag. 78. y 79.

Tercio, y quinto pueden dexarles aunque sean procreados en diversos matrimonios, y á la muger segunda por ser pobre se deba la *quarta marital*: ibi.

numero 4. pag. 79.
Tercio, y quinto pueden donar en vida, ó dexar en muerte los abuelos á sus nietos legitimos, aunque tenga hijos vivos: ibi. n. 6. y 7. pag. 80. y 81.
Tercio, si podrá, ó no ser gravado quando el testador no tiene mas que un descendiente? ibi. n. 8. al 11. pag. 82. á la 84.
Tercio de mejora pueden consignar los ascendientes en los bienes que les parezca: ibi. n. 13. al 15. pag. 85. á la 87.
Tercio. Tercio dexado por via de mejora á algun descendiente legitimo, si podrá ser gravado por el mejorante, y qué orden debe observar en los llamamientos? ibi. n. 21. al 24. pag. 91. á la 93.
Tercio de mejora, si se deducirá, ó no primero que el quinto? ibi. n. 46. al 49. pag. 109. á la 111.
Tercio de los bienes del testador, cómo se ha de sacar quando el padre mejora en él por ultima disposicion á un hijo, no disponiendo del quinto, y en éste no solo caben los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, sino que sobra algo? ibi. n. 52. y 53. pag. 113. y 114.
Tercio de sus bienes pueden dexar los descendientes legitimos á quien quisieren, y gravarlo, y condicionarlo, aunque lo leguen á algun ascendiente suyo: lib. 2. cap. 4. n. 10. al 12. pag. 317. y 318.
Tercio puede ser consignado por el descendiente quando lo dexa á estraño, como quando lo lega á un ascendiente: ibi. n. 19. y 20. pag. 323.
Tercio que de sus bienes dexó uno de dos hijos del primer matrimonio á un medio hermano, ó estraño, de dónde se ha de deducir si su hermano entero falleció abintestato antes que él, y su padre por haberse buelto á casar, debió reservarle los de éste? lib. 2. cap. 5. n. 12. y 13. pag. 342. y 343.
Tercio, si se deberá sacar antes, ó despues que el quinto, quando el testador nombra por sus herederos á tres, ó mas extraños: mejora á dos de ellos, al uno en el tercio, y á otro en el quinto de todos sus bienes, y no dice qual se ha

ha de baxar primero: ó cómo se ha de proceder en la particion? lib. 2. cap. 8. n. 19. pag. 506. y 507.

Termino. Termino para principiar, y concluir el inventario, quánto concede el derecho, y qué debe practicar el heredero, para que corra? lib. y cap. 1. n. 37. al 39. p. 36. y sig.

Termino, quánto es necesario para que prescriba la accion de pedir la particion? lib. 1. cap. 2. n. 14. pag. 100.

Y quánto ha de pasar para que se entienda hecha? ibi. n. 15. pag. 101.

Termino, quánto tiene la muger á quien su marido ofreció arras, y dió joyas, ó preseas, y vestidos, para elegir? lib. 1. cap. 6. n. 30. pag. 355.

Termino para contestar la demanda, quándo podrá, ó no pedirlo el reo que forma articulo de no contestarla, y se desprecia este? lib. 3. cap. 1. n. 191. pag. 108.

Termino para proponer las excepciones dilatorias, quánto concede la ley? ibi. n. 215. pag. 122.

Termino, para proponer, y probar las peremptorias, y prejudiciales, quánto es? ibi. n. 216. pag. 123.

Termino, quánto se concede para contestar la demanda? ibi. n. 221. y 222. p. 125. y 126.

Termino para proponer el reo la reconvencion, y responder á sus excepciones el actor: y para satisfacer aquel á la replica, y escrituras que éste presente, quánto está prefinido? ibi. n. 233. al 235. p. 133. y 134.

Termino, dentro de quánto debe el Juez recibir aprueba los autos despues de conclusos, ó proveer otro interlocutorio; y en qué pena incurre si no lo hace? ibi. n. 274. pag. 154.

Termino, ó dilacion, que és? ibi. n. 365. pag. 209.

Termino arbitrario puede conceder el Juez á los litigantes para probar su intencion, con tal que no exceda del legal: ibi. n. 366. pag. dicha.

Termino ordinario, y ultramarino, ó extraordinario, quánto prefine la ley en causas civiles, y puede conceder el Juez á los contendores, para hacer su prueba? ibi. num. 367. pag. 210.

Termino ultramarino para que

que se conceda, qué cosas se requieren de parte de quien lo pretende? ibi. n. 368. pag. 211.

Termino, quánto se ha de pedir, y conceder para probar el hecho que acaeció en Indias, ó en otros parages remotos? ibi. n. 369. pag. dicha.

Termino arbitrario concediendo el Juez para la prueba, si los litigantes quieren que se prorrogue, quándo deben pedir su prorrogacion? ibi. n. 370. y 371. pag. 212. y 213.

Termino probatorio, desde quándo empieza á correr, cómo se ha de contar: y si correrá, ó no en dias festivos, y feriados: ibi. n. 372. al 374. pag. 214. y 215.

Termino probatorio, quánto pueden conceder los Jueces quando reciben el pleito á prueba por via de justificacion? ibi. n. 375. pag. 216.

Termino probatorio mientras dura, nada mas se puede hacer que la prueba: ibi. n. 384. p. 221.

Termino probatorio, quándo se puede suspender á instancia de parte? ibi.

Termino probatorio si se suspende, desde quándo empieza la suspension, y si dentro de ella se podrá hacer prueba, y valdrá, ó no la hecha? ibi. n. 385. y 386. pag. 223.

Termino probatorio, si pide alguna de las partes que se suspenda, qué debe proveer el Juez? ibi. n. 387. pag. 224.

Termino para alegar de bien probrado, quánto concede la ley á los litigantes? ibi. num. 392. al fin pag. 226.

Termino, quánto puede conceder el Juez por via de restitucion á los que gozan de el privilegio de menor edad: si esta restitucion ha de ser del termino prorrogado, ó solamente del primero concedido en la causa, y si para su concesion necesita el privilegiado justificar lesion como en los contratos? ibi. n 393. al 395. p. 227. y 228.

Termino probatorio por via de restitucion, para que se conceda á los privilegiados, qué cosas se requieren? ibi. num. 396. pag. 229.

Termino de la restitucion es comun á entrambos litigan-

gantes, aunque el uno no sea privilegiado : ibi. n. 397. pag. dicha.

Termino para tachar á los testigos, quánto prefine la ley ? ibi. n. 403. y 404. pag. 232. y 233.

Termino para probar las tachas, quánto puede conceder el Juez al que las pone : y si dentro de él bastará juramentar los testigos, ó se deberán examinar tambien ? ibi. num. 405. y 406. p. 234. y 235.

Termino de la restitucion, y prueba de tachas siendo pasado, si deberán, ó no las partes alegar de bien probado, y por qué motivos ? ibi. n. 412. al 414. pag. 238. y 239.

Termino para probar la falsedad de los instrumentos producidos, quánto ha de conceder el Juez al que la alega ? ibi. n. 417. al fin pag. 242.

Termino, quánto se debe señalar al que recusa al delegado del Papa, Obispo, ú otro Juez ordinario Eclesiastico para probar las causas de la recusacion ? ibi. n. 435. p. 253.

Termino, dentro de quánto se ha de recusar á los Jueces togados ? ibi. n. 440. pag. 256.

Termino, quánto se puede conceder al que recusa á Jueces togados para probar las causas de la recusacion ? ibi. n. 441. y 442. pag. 257.

Termino, dentro de quánto debe proferir el Juez la sentencia ? ibi. num. 452. pag. 263.

Termino para apelar de la sentencia, ó auto interlocutorio, y presentar la mejora de apelacion, quánto prefine la ley ? ibi. n. 476. y 477. p. 276. y 277.

Termino para intentar nulidad de la sentencia, que consta evidentemente de los autos, quánto está concedido ? ibi. num. 491. pag. 288.

Termino, dentro de quánto debe el Juez que executa la sentencia, mandar entregar la cosa litigiosa á su dueño ? ibi. num. 481. y 501. pag. 280. y 294.

Termino, quánto tiene el executado para pagar la deuda despues que se le notifica el estado de la execucion, á efecto de no incurrir en la pena de la decima ? lib. 3. cap. 2. n. 130 pag. 428.

Termino, dentro de quánto debe comparecer el exe-

cu-

cutado á oponerse á la execucion despues de citado de remate ? ibi. n. 165. al 167. p. 452. y 453.

Termino para oponer, y probar la excepcion de la non numerata pecunia, quánto concede el derecho al executado ? ibi. n. 239. pag. 492.

Termino, quánto prefine la ley al executado para probar sus excepciones ? ibi. n. 255. pag. 498.

Termino para probar el executado sus excepciones, quándo empieza á correr, ya haya, ó no dias feriados ? ibi. n. 256. al 258. pag. 498. á la 500.

Termino de prueba de la via executiva no puede prorrogarse á instancia del executado; pero sí á la del executante: ibi. n. 259. al 261. p. 500. y 501.

Termino de los diez dias de la ley aunque haya espirado, puede pretender el executado que el executante jure de calumnia, y posiciones ? ibi. n. 265. pag. 503.

Termino de los diez dias, si se podrá, ó no suspender á instancia del executado? ibi. num. 266. al 268. pag. 504. y 505.

Termino concedido al deudor en la moratoria del Consejo, si se deberá contar desde su concesion; ó desde que requiere con ella? lib. 3. cap. 3. n. 153. pag. 690.

Termino, quánto pueden conceder los acreedores á su deudor, para que les pague sus creditos ? ibi. n. 158. pag. 694.

Testador, *testamento*. Testador si tomó dinero á censo vitalicio, y vive el pensionario, cómo se ha de dividir este censo ? lib. 1. cap. 2. n. 65. pag. 131.

Testador declarando en su testamento estár debiendo á algun sugeto cierta suma, si se le deberá, ó no pagar ? lib. 1. cap. 3. n. 71. pag. 188.

Testador no puede remitir al usufructuario de bienes que no se consumen con el uso la fianza que debe dar, si le deja el usufructo en ultima voluntad: lib. 1. cap. 7. n. 15. pag. 400.

Testador, si instituye á uno por heredero usufructuario de todos sus bienes, y á otro por legatario en propiedad, y usufructo de un fundo, qué llevará cada uno ? ibi. n. 47. p. 420.

Tes-

Testador, de quántos modos puede instituir herederos? lib. 2. cap. 1. n. 2. pag. 9.
Testador, si señala, ó no á sus herederos la porcion de herencia que han de llevar; ó no hay testamento, ó aunque lo haya, no les prescribe regla, y forma de dividirla, qué llevarán de sus bienes? ibi. num. 3. y 4. pag. 9. y 10.
Testador puede dividir su herencia entre sus hereros legitimos, ó estraños, y señalar á sus hijos su legitima en una, ó mas cosas; y no lo haciendo, lo ha de hacer el Juez: ibi. n. 5. y 6. pag. 10. y 11.
Testador, si podrá, ó no prohibir á sus herederos la division de sus bienes? ibi. n. 8. y 9. pag. 12.
Testador si teniendo solamente un hijo postumo, podrá disponer mas que de un quinto en vida, y muerte? ibi. n. 23. p. 20.
Testador donando un quinto en vida á un descendiente legitimo, y legando otro en ultima voluntad á otro, ó á estraño, ó por su alma, si valdrán ambos quintos no disponiendo de el tercio? ibi. n. 24. y 25. p. 22. y 23.
Testador teniendo descendientes legitimos, y disponiendo entre estraños, de dos quintos quál de estos dos valdrá? ibi. n. 27. al 29. pag. 25. y 26.
Testador legando en testamento á un hijo suyo el quinto de sus bienes, y diciendo en otra clausula que lega á otro hijo que nombra, el mismo quinto que legó al primero, si se revocará éste, ó serán dos quintos para cada uno el suyo, ó uno para los dos? ibi. num. 30. pag. 27.
Testador, si lega en ultima disposicion dos quintos á dos hijos, de quál se deducirán los gastos funerarios, Misas, y legados? ibi. n. 35. y 36. pag. 30.
Testador que tiene descendientes legitimos, si les lega la propiedad del quinto de sus bienes, y á su muger, ó á otro estraño el usufructo de él, quién pagará los gastos funerarios, Misas, y legados? ibi. n. 37 pag. 31.
Testador si instituye por herederos á sus hermanos, dexa el quinto de sus bienes á un hijo ilegitimo, hace algunos legados, y

manda que los paguen sus herederos, ó nada dispone acerca de ellos, ni de su funeral, de dónde se debe deducir su importe? ibi. n. 38. pag. dicha.

Testador, si dona en vida el quinto por contrato irrevocable á un hijo, y lega otro en ultima disposicion á otro hijo, de dónde se han de sacar los gastos funerarios, Misas, y legados que haga? ibi. n. 40. y 41. p. 32. y 33.

Testador, si dona en vida aun hijo por contrato irrevocable, ó á estraño el quinto de sus bienes, ó cosa que deba imputarse en él, de dónde se deberán sacar los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados? ibi. n. 42. al 48. pag. 34. á la 38.

Testador, legando el quinto á su muger, ó á un hijo, y consignandoselo en cierto fundo que lo importa, si pagando el legatario, ó no los gastos funerarios, Misas, y legados, llevará, ó no el quinto integro, y los frutos que durante la proindivision de la herencia produjo el fundo? ibi. n. 50. pag. 40.

Testador instituyendo generica, y simplemente por herederos á sus hermanos, si se entenderán instituidos los medios como los enteros? lib. 2. cap. 7. n. 65. y 66. p. 488. y 489.

Testador, si instituye simplemente por sus herederos á un hermano vivo, y á hijos de otro hermano muerto; ó á estraño, é hijos de otro estraño con modo colectivo, sin especificar sus nombres, qué llevarán de sus bienes, ya estén, ó no nacidos los hijos, y haga principal, ó substitutivamente la institucion? ibi. num. 67. al 69. pag. 489. y 490.

Testador, si instituye por sus herederos á un hermano suyo vivo, y á hijos de otro hermano muerto, y los nombra por sus propios nombres, cómo dividirán su herencia? ibi. num. 70. pag. 490. dicha.

Testador instituyendo por herederos á sus hermanos, si se entenderán ó no llamados tambien los sobrinos hijos de otro hermano muerto? ibi. n. 71. pag. 491.

Testador no instituyendo á sus hermanos por herederos, en qué caso podrán rom-

romper su testamento, y no valdrá la institucion que haga á otros ? lib. 2. cap. 8. n. 2. y 3. p. 498. y 499.

Testador que carece de herederos forzosos, puede instituir á estraños, ya sean, ó no consaguineos suyos, é imponerles las condiciones honestas, y posibles que le parezca: ibi. n. 4. pag. 499.

Testador puede instituir herederos estraños de tres maneras: ibi. num. 5. pag. 500.

Testador, si señaló á todos sus herederos las partes que de su herencia han de percibir, ó dividió parte de ella, y dexó algo sin partir, qué percibirán? ibi. n. 6. pag. dicha.

Testador, si instituye á uno por su heredero en cosa señalada, y no dispone del resto de sus bienes, ó en testamento posterior establece nuevo heredero, qué llevarán estos intituidos ? ibi. n. 7. pag. 501.

Testador, si divide la herencia en quatro partes, instituyendo con igualdad á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la quarta, cómo dividirán ésta ? ibi. n. 8. pag. dicha.

Testador, si divide la herencia en mas de doce onzas, instituyendo á uno en ellas, y á otro en seis: ó á uno en las doce, y á otro en mas de las seis, ó á cada uno en las doce, cómo la partirán? ibi. n. 9. pag. 502.

Testador, si instituye quatro herederos á uno en la primera, á otro en la segunda, á otro en la tercera, y á otro en la quarta parte de su herencia, qué llevarán de ella? ibi. n. 10. pag. dicha.

Testador, si instituye á uno por su heredero en la mitad de su herencia, y á otro en la mitad, y luego instituye á otro en la misma mitad de uno de los dos, cómo la dividirán ? ibi. n. 11. pag. 503.

Testador, si nombra tres herederos al primero, al segundo, y al tercero, y á qualquiera, y cada uno de ellos en todos sus bienes: ó á uno en alguna quota de la herencia sin especificarla, qué percibirán de ella ? ibi. n. 12. y 13. pag. 503. y 504.

Testador, si instituye á uno por su heredero en la par-

te que en su codicilo le tiene señalada, ó en la que otro tiene instituido al mismo testador, y no hay tal institucion, ni señalamiento, ó si se refiere al tiempo futuro, qué llevará? ibi. n. 14. p. dicha.

Testador, si nombra á algunos por herederos de cierto fundo, ó cosa en partes iguales, ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes: ó si instituye á dos, al uno en una cosa, y á otro en otra, y no dispone del resto de la herencia, cómo la partirán? ibi. n. 15. pag. 505.

Testador, si instituye á dos por herederos juntamente en una cosa, y á otro solo en otra, y no nombra mas herederos, ni dispone del resto de sus bienes, cómo se debe distribuir la herencia? ibi. num. 16. pag. dicha.

Testador, si instituye á dos, al uno por heredero en la tercera parte de una finca, y á otro en las otras dos terceras de ella, y no dipone del residuo de sus bienes, ni consta otra cosa de su voluntad, cómo se entienden instituidos? ibi. n. 17. pag. 505.

Testador, si reparte su herencia entre tres, dexando á uno la mitad, á otro la tercera, y á otro la quarta parte, cómo se ha de proceder en su division? ibi. n. 18. pag. 506.

Testador, si nombra por sus herederos á tres, ó mas estraños, mejora á dos de ellos, al uno en el tercio, y al otro en el quinto de todos sus bienes, y no dice quál se ha de baxar primero, cómo se debe proceder en la particion? ibi. n. 19. p. 506. y 507.

Testador, si nombra varios herederos, señalando á unos las partes que han de llevar de su herencia, y á otros no, qué percibirán unos, y otros? ibi. n. 20. pag. 508.

Testador, si instituye á quatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia, y el otro la otra mitad, y no señala á los otros parte alguna de ella, cómo la dividirán? ibi. n. 21. pag. dicha.

Testador, si divide su herencia en veinte y quatro, ó treinta y seis onzas, ó partes; instituye varios he-

re-

rederos, y señala á unos sus partes, y á otros no: ó si consta que su voluntad fue dividirla en mas de doce partes, cómo la dividirán? ibi. n. 22.

Testador, si instituye á uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro, y manda que éste lleve el resto de su herencia, qué llevará el segundo instituido? ibi. n. 23. pag. 509.

Testador, si instituye herederos sin señalarles las partes de herencia que han de percibir, la partirán igualmente: ibi. num. 24. pag. dicha.

Testador, si divide sus bienes en dos ó tres partes, ó hace mencion de alguna quota: ó alguno pide dos partes de la herencia sin declarar mas, se entienden de doce: ibi. n. 25. pag. 510.

Testador, si nombra por herederos á muchos de grados distintos, ya sean absolutamente estraños, ó consaguineos, cómo le succederán? ibi. n. 26. y 27. pag. 510. y 511.

Testador, si nombró por sus herederos á su hermano, y á los hijos de este: ó á él, y á los de otro hermano, llamandolos, ó no por sus propios nombres, cómo le succederán? ibi. n. 28. pag. 511. dicha.

Testador, si instituye á su hermano, y limitadamente con nombre apelativo á sus hijos, ó á los emancipados, ó á los que entonces tenia, y no esperaba procrear mas; ó á su hermano con sus hijos, cómo le heredarán? ibi. n. 29. pag. 512.

Testador, si hizo la institucion con palabras que observando las reglas de una perfecta oracion, no se pueden entender succesivamente, cómo le heredarán los instituidos? ibi. n. 30. pag. dicha.

Testador, si instituye por herederos á un tio hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este, cómo le heredarán? dicho lib. 2. y cap. 8. n. 31. pag. 512.

Testador, si instituye á varios por herederos baxo el nombre colectivo de muchas personas de un mismo grado, sin nominarlos por sus nombres propios, cómo serán admitidos á su herencia? ibi. num. 32. pag. 513.

Tes-

Testador, si instituye por herederos á muchos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, ó llama á uno, y á sus hijos prohibiendo que los bienes salgan de la familia, cómo se dividirán entre ellos? ibi. num. 33. pag. dicha.

Testador, si instituye á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido baxo del mismo nombre, cómo le heredarán? ibi. n. 34. pag. 514.

Testador, si substituye á los herederos, nombrando por sus propios nombres expresos á los substitutos, cómo dividirán la herencia estos? ibi. num. 35. pag. dicha.

Testador, si deja algun legado á varios, y no les señala las partes que han de percibir, lo dividirán igualmente: ibi. n. 35. dicho.

Testador, si instituye por sus herederos á su hermano, y á sus hijos, y esperaba que procrease otros, cómo le heredarán los hijos, si á un tiempo, ó por orden succesivo? ibi. n. 36. pag. 514. dicha.

Testador, si llamó á su hermano y á sus hijos, y al tiempo de testar ningunos tenia nacidos, se contemplan llamados por orden succesivo? ibi. n. 37. pag. 515.

Testador, si instituyó á su hermano, y á los hijos nacidos, y que habian de nacer de él: ó á sus hijos, y descendientes, ó á sus hermanos, y á los suyos; le heredarán por orden succesivo: ibi. n. 38. p. dicha.

Testador, si nombró á su hermano, y á sus herederos, ó á su hermano, ó á sus hijos, le heredarán por orden succesivo: ibi. n. 39. pag. 515.

Testador, si instituye á su hermano, y sus hijos con palabras que atendidas las reglas de una oracion perfecta, no pueden entenderse sino successivamente, le heredarán de esta suerte. ibi. n. 40. p. 516.

Testador, si instituye á muchos colectiva, ó copulativamente, cómo le heredarán? ibi. n. 41. p. dicha.

Testador, si nombra por herederos á muchos, entre los quales no solo media el orden de afecto, caridad, y succesion, sino que concurre la necesidad de ser insti-

tituidos, cómo succederán en su herencia ? ibi. n. 42. pag. 516.

Testador, si instituye á varios entre los quales cae el orden de caridad, y por alternativa son llamados á la succesion: ó llama á muchos, al uno por su propio nombre, y sus descendientes por una palabra colectiva de muchos grados: ó hace la institucion por un nombre colectivo que comprende diversos grados, y personas, cómo succederán ? ibi. n. 43. p. 517.

Testador, instituyendo por su heredero al posthumo estraño, si la madre de este tendrá, ó no derecho á ser alimentada ? ibi.

Testador, si instituye muchos herederos al uno simplemente por su propio nombre, y á los demás baxo la coleccion de muchas personas, cómo le heredarán ? ibi. num. 44. pag. 518.

Testador, si añade á la institucion expresada alguna palabra por la qual se conoce que quiso que todos los instituidos heredasen uniformemente, cómo partirán sus bienes ? ibi. n. 45. pag. dicha.

Testador, si nombra á uno por heredero, y lo substituye, qué llevará el substituto ? ibi. n. 46. y 47. pag. 519. y 520.

Testador, si nombra por heredero á su hijo pupilo y lo substituye, qué llevará el substituto ? ibi. n. 49. pag. 521.

Testador, si instituye igualmente por herederos á dos hijos puberos de su muger primera, y á otros dos de la segunda, uno pubero, y otro impubero; los substituye para que hereden al impubero en caso de fallecer en la edad pupilar; y fallece luego abintestato sin succesion uno de hijos de la primera muger, y despues el pupilo, cómo heredarán á este su hermano entero, y el hermano consanguineos puberos ? ibi. num. 50. y 51. pag. 522.

Testador, si instituye á uno por su heredero, y lo substituye, nombrando por substituto á su hermano con sus hijos, cómo heredarán estos? ibi. n. 52. pag. 523.

Testador, instituyendo tres, ó quatro herederos, y pa-

para despues de la muerte de todos substituyendo otros dos, ó tres, si muere alguno de los instituidos, cómo han de ser admitidos los substitutos? ibi. n. 53. y 54. pag. 523. y 524.

Testador, si para despues de la muerte de todos los herederos que instituye, nombra por substitutos de el ultimo que falleza, á algunos en toda la herencia, se conceptúa haber reciproca substitucion entre los mismos instituidos: ibi. n. 55. pág. 525.

Testador poniendo condicion al heredero instituido, si se entenderá repetida en el substituto? ibi. n. 56. pag. dicha.

Testador, si instituye á un estraño por heredero en cierta quota, ó cosa particular, y fallece sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes; ó nombra coheredero de éste, quién lo llevará? ibi. n. 61. p. 529.

Testador no disponiendo del resto de sus bienes, ni nombrando coheredero universal, sino prohibiendo expresamente que se acrezca al instituido, si lo llevará, ó no éste? ibi. n. 62. al 64. p. 530. y 531.

Testador, instituyendo desigualmente á muchos estraños en cierta parte, ó quota de bienes, y no nombrando coheredero universal: ó nombrandolos en cosa cierta particular, y cada uno en diversa porcion de ella, á quién se acrecerá el resto? ibi. n. 65. pag. dicha.

Testador instituyendo á algun estraño por heredero universal de todos sus bienes; si éste acepta alguna parte de su herencia, es visto aceptarla toda, y asi se le acrecerá: ibi. n. 66. pag. 532.

Testador, si nombra heredero simple, y universalmente, ó por partes separadas, y acepta la una, se le acrecen las demás: ibi. n. 67. pag. dicha.

Testador, si instituye puramente á uno por heredero en una parte, y en otra á cierto dia, ó con condicion, y en la condicionada hay, ó no substituto, si se le acrecerá, ó á éste? ibi. n. 68. y 69. p. 533.

Testador instituyendo á uno por heredero en diversas partes, aceptando la una, y repudiando la otra, si es

se acrecerá, ó no ésta al instituído, ya tenga, ó no substituto vulgar en la que quiere repudiar; ó sea substituto pupilar de un hijo del testador? ibi. n. 70. al 72. p. 533. y 534.

Testador instituyendo directamente por heredero á dos, ó mas estraños, ó succediendole abintestato como parientes, si el uno acepta su parte, y el otro repudia la suya, á quién se acrecerá, ya haya, ó no substitucion vulgar expresa, ó tacita comprendida en la pupilar? ibi. num. 73. al 75. p. 534. á la 536.

Testador instituyendo en testamento perfecto muchos herederos, y substituyendolos mutuamente, si unos admiten sus partes, se les acrecen las repudiadas por los otros: ibi. n. 76. p. 536.

Testador si instituye á uno por heredero con la obligacion, y gravamen de restituir á dos, ó mas la herencia, y uno de éstos conjuntos repudia su parte, quién la llevará, y quáles se llaman conjuntos *in re, et verbis*, ú omnimodamente disyuntos? ibi. numer. 77. al 82. pag. 536. á la 539.

Testador, si instituye varios herederos conjuntos, ó disyuntos, y no quieren percibir la parte cadúca, ó defectuosa por estár gravada, si aceptan las suyas, á quién se acrecerá; quál se llama cadúca, ó defectuosa; y quándo recaerá en el Fisco? ibi. num. 83. al 87. p. 539. á la 542.

Testador, si instituye á varios por herederos, el uno repudia su parte, ó no debe percibirla, y los coherederos son mas de dos, unos conjuntos *in re, et verbis*, y otros en una de estas dos cosas solamente, á quáles se acrecerá la parte vacante? ibi. num. 88. pag. 542.

Testador, si instituye por herederos á uno, y á sus hijos, ó á los de otro; y uno de éstos llamados colectivamente repudia su parte, á quién se acrecerá? ibi. num. 89. pag. 543.

Testador, si dexados, ó mas hijos de una muger, y otros dos, ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, ó de otra suerte falta, á quiénes se acrecerá? ibi. num. 91. pag. 544.

Testador, si teniendo hijos de dos mugeres, los substi-

tuye mutua, ó pupilarmente, y la parte del uno es repudiada, ó cadúca, quáles se conceptuan llamados á ella? ibi. num. 92. pag. 545.

Testador instituyendo á dos, ó mas conjuntos en las palabras, y á otro en la cosa, ó herencia; si uno de los primeros repudia su parte, ó por otro motivo falta, á quién se acrecerá? ibi. numer. 93. y 94. pag. 545. y 546.

Testador instituyendo varios herederos, y concurriendo con uno omnimodamente disyunto alguno conjunto en las palabras, ó en la herencia, ó en todo; ó siendo todos disyuntos, si el uno repudia su parte, ó cadúca, á quién se acrecerá? ibi. n. 95. p. 547.

Testador instituyendo varios herederos, y muriendo el uno despues de haber admitido su parte, ó antes de espirar el tiempo concedido para su admision, si el coheredero antes, ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, á quién se acrecerá? ibi. num. 96. pag. 547.

Testador, si podrá, ó no prohibir que el Juez intervenga en el inventario, y particion de los bienes de sus hijos menores? Vease la nota sexta del libro 2. capit. 10. §. 2. pag. 676. y la nota final del lib. y capit. 3. puesta por adicion.

Testador, en qué casos queda obligado por la confesion que hace de la deuda en su ultima disposicion? lib. 3. cap. 2. num. 15. p. 361.

Testamento, si será, ó no executivo en quanto al legado, y fideicomiso en él dexados? ibi. n. 32. y 33. pag. 371.

Testigos. Testigos, quántos deben asistir al inventario, y qué circunstancias han de concurrir en ellos? lib. y cap. 1. n. 34. p. 34.

Testigos impugnando el inventario, ó instrumento, en qué casos será, ó no válido? ibi. num. 35. p. 35.

Testigo, Abogado, ni Personero no puede ser el excomulgado no tolerado, ni comparecer en juicio como actor: lib. 3. cap. 1. num. 14. pag. 29.

Testigos, si podrán ser, ó no admitidos en el juicio civil ordinario antes de contestar la demanda? ibi. n. 126. al 128. p. 79. y 80.

Testigos para que hagan fé en juicio; cómo han de declarar; quándo deben ser juramentados; y si siendolo en tiempo habil, podrán ser examinados en dia feriado, ó colendo, y fuera del termino probatorio? ibi. n. 298. p. 168.
Testigos, quáles no hacen fé en juicio? ibi. num. 299. pag. 171.
Testigos, quáles no deben ser apremiados á ir á testificar en juicio? ibi. numer. 300. pag. 172.
Testigos, quáles no pueden testificar, ni deben ser apremiados, ni atormentados á declarar contra varias personas en causas criminales? ibi. num. 301. y 302. pag. 172. y 173.
Testigo siendo el siervo, en qué casos hará fé su dicho? ibi. n. 303. pag. 173.
Testigos Catholicos, cómo deben ser juramentados; y si hará fé su dicho sobre lo que no lo fueren? ibi. numer. 304. y 305. pag. 173. y 174.
Testigo que quiere corregir, ó ampliar su dicho despues de firmada su declaracion, y de haberse apartado de quien le examinó, si deberá, ó no ser admitido? ibi. num. 321. p. 185.
Testigos juramentados, si deberán, ó no apartarse del que los ha de examinar hasta que evaquen su declaracion? ibi. num. 322. pag. dicha.
Testigos deben ser examinados solamente al tenor de las preguntas que señala el que los presenta, aunque su interrogatorio contenga mas: ibi. num. 323. pag. 186.
Testigos deben ser examinados de secreto, y cada uno con separacion: ibi. numer. 324. pag. dicha.
Testigos, si son examinados por interpretes, qué han de jurar éstos? ibi. n. 325. pag. 187.
Testigos no deben ser sobornados, ni intimidados por las partes para que falten á la verdad; pero sí reintegrados por ellas de los intereses que pierdan por ir á declarar: ibi. n. 326. pag. dicha.
Testigos pueden ser apremiados por el Juez á ir á declarar á su presencia: ibi. num. 327. pag. 187.
Testigos, si existen fuera del Pueblo del juicio, qué debe hacer el Juez de la causa para que sean examinados?

dos? ibi. n. 328. p. 188.
Testigo solo, si hará, ó no prueba? ibi. n. 330. p. 189.
Testigos siendo dos contestes, y no varios, ni singulares, si harán, ó no prueba? ibi. n. 331. p. dicha.
Testigos, quántos pueden presentar las partes sobre cada pregunta? Y despues de haber presentado algunos, diciendo que no quieren presentar mas, si se les podrán, ó no admitir otros? ibi. n. 332. y 333. pag. 190.
Testigos, quáles se llaman contestes, y quáles singulares; y de quántas maneras es la singularidad? ibi. num. 334. al 337. p. 191. á la 193.
Testigos presentados en el juicio civil ordinario, quándo se han de examinar, y ratificar; ó abonar los muertos, y ausentes? ibi. numer. 378. al 380. p. 218.
Testigos no se pueden admitir en primera instancia, pasado el termino probatorio; pero sí examinar los que dentro de él fueron juramentados: ibi. n. 388. pag. 224.
Testigos no pueden recibirse despues de la publicacion de probanzas, excepto sobre falsedad de instrumentos: ibi. n. 398. p. 230.
Testigos, quándo pueden, ó no ser tachados; qué circunstancias se requieren de parte del que pone las tachas, para que se admitan; y dentro de qué termino las ha de poner, y probar? ibi. n. 402. al 405. pag. 232. á la 234.
Testigos, quáles deben ser para justificar las tachas de otros? ibi. num. 406. pag. 235.
Testigos presentados en un juicio, si podrán, ó no ser tachados en otro por quien los presentó en aquel? ibi. num. 409. pag. 237.
Testigos, quáles son inhabiles para testificar absolutamente, ó en ciertas causas; ó contra, ó á favor de personas determinadas? ibi. num. 410. pag. dicha.
Testigos para probar haber sido corrompido el Juez, quántos son bastantes? ibi. n. 422. y 491. p. 245. y 288.
Testigos que produzca el executado para probar sus excepciones, si deberán, ó no ser examinados precisamente dentro de los diez dias de la ley? lib. 3. cap. 2. n. 262. al 264. pag. 502. y 503.

Tran-

Transaccion. Transaccion, quándo impedirá la via executiva? lib. 3. cap. 2. num. 189. p. 463.

Traslado. Traslado se debe conferir al reo de la demanda del actor: lib. 3. cap. 1. n. 129. p. 80.

Traslado se debe dar á un litigante de la confesion, ó respuesta á las posiciones del otro, aunque no lo pida: ibi. n. 295. p. 167.

Traslado, ó exemplar de instrumento para que pruebe en juicio, con qué solemnidad debe sacarse? ibi. num. 348. pag. 99.

Traslado antiguo, quándo hará fé, aunque sea sacado sin la solemnidad legal? ibi. num. 349. pag. dicha.

Tutores. Tutores, dentro de qué termino han de hacer el inventario de los bienes de sus menores y en qué pena incurren si no lo hacen, ó no lo formalizan como deben, ú ocultan algunos? lib. y cap. 1. n. 46. al 49. pag. 44. y sig.

Tutor si se resiste á dar cuenta de la tutela á su menor, ó por su culpa se les menoscabaron sus bienes, puede jurar *in litem* contra él; pero no contra sus herederos, excepto en un caso: lib. 3. cap. 1. num. 121. pag. 76.

V

Valor. Valor de los bienes inventariados, á qué tiempo se ha de mirar para excluir la querella de inoficioso testamento; ver si queda á los herederos su parte; ó partirlos entre éstos? lib. y cap. 1. num. 78. y 79. pag. 66.

Valor del fundo patrimonial que constante matrimonio retrae el marido por derecho de sangre, se comunica á su muger; pero no el fundo: lib. 1. cap. 4. num. 13. pag. 212.

Valor de los Oficios de Regidor, Escribano, y otros que durante matrimonio compran los conyuges, si se les comunicarán, ó no, y en qué precio se han de adjudicar? lib. 1. cap. 4. n. 14. y 15. pag. 213.

Valor de alguno de los expresados Oficios que el marido

do habia comprado antes de casarse, pero no pagado enteramente, si se comunicará, ó no á su muger? ibi. num. 16. y 17. pag. 214.

Valor mayor, ó menor que tenga alguno de los Oficios de Regidor, Escribano, Procurador, y otros comprados por el marido antes de casarse, y se aumentó constante matrimonio, no se comunica como intrinseco á la muger: ibi. num. 18. pag. 215.

Valor de la finca que antes de casarse tenia vendido el marido con pacto de *retrovendendo*, si constante matrimonio la recupera, se comunica á su muger: ibi. num. 23. pag. 218.

Valor de la esclava de alguno de los conyuges que fallece constante matrimonio, debe resarcirsele de los gananciales: ibi. n. 24. pag. dicha.

Vestidos. Vestidos de la viuda, é hijos del difunto, si se deberán, ó no inventariar? lib. y cap. 1. n. 23. pag. 28.

Vestido ordinario, ó festivo de la muger, si se deberá, ó no inventariar, y valuar, y podrá, ó no quedarse con él; y quál se entiende por vestido ordinario, y festivo? lib. 1. cap. 6. numer. 55. pag. 380.

Vestidos legando el marido á su muger, quáles se entiende legarla, y se comprenden en el legado general de ellos? lib. 2. cap. 6. num. 133. al 135. pag. 434. y 435.

Vista ocular. Vista ocular, en qué casos hace fé, y si el Juez podrá dar el pleito por probado, sin qué preceda? lib. 3. cap. 1. numer. 357. pag. 203.

U

Usufructo. Usufructo de los bienes que el marido adquiere constante matrimonio, no se comunica á la muger; pero sí los frutos: lib. 1. cap. 4. num. 10. pagin. 210.

Usufructo, pension, réditos de censo, legado anuo, ó renta vitalicia llevando la muger en dote, si serán, ó no comunicables al marido? lib. 1. cap. 4. nu-

num. 26. al 28. p. 222.
Usufructo legal, y convencional, quál es? lib. 1. capit. 7. num. 3. pag 393.
Usufructo causal, quál es? ibi. num. 4. pag. 394.
Usufructo formal, y verdadero, qué es, y de quántas maneras? ibi. num. 5. pag. dicha.
Usufructo formal, en qué casos puede constituirse? ibi. num. 6.
Usufructo, y uso, en qué convienen, y se diferencian? ibi. num. 7. p. 395.
Usufructo, y legado annuo, en qué se diferencian? ibi. num. 8. pag. 396.
Usufructo de un rebaño se extingue, si perecen tantas cabezas que dexe de serlo: ibi. n. 19. p. 403.
Usufructo, ó partes de las siervas dexadas al usufructuario, no le corresponden: ibi. n. 20. al fin p. 404.
Usufructo siendo constituido en contrato entre vivos, si podrá el dueño de los bienes remitir, ó no la fianza al usufructuario? ibi. n. 26. pag. 407.
Usufructo es divisible, y si el testador lo dexa á muchos simplemente, lo gozarán con igualdad; y si alternativamente por años, será preferido el nombrado primero: ibi. num. 29. pag. 408.
Usufructo de un fundo siendo legado simplemente á un sugeto, y la propiedad á otro, cómo lo dividirán? ibi. num. 30. p. 409.
Usufructo de un fundo legando el testador á uno, qué es visto legarle con él? ibi. num. 32. pag. 410.
Usufructo de todos sus bienes legando el testador que tiene hijos, á su muger, ó á otro estraño, en qué valdrá este legado? ibi. n. 33. y 34. pag. 411.
Usufructo de todos sus bienes si el testador lo lega á alguno, qué cosas vienen, y y se comprehenden en el legado, y qué deberá percibir el legatario, ya estén, ó no pendientes, y mostrados los frutos? ibi. num. 35. y 36. p. 413.
Usufructo de todos los bienes muebles, si se amplia, ó estiende tambien á los venales? ibi. num. 38. y 39. pag. 414.
Usufructo dexando el testador á varios sugetos, aceptando todos sus partes, y repudiando despues el uno la suya, si se acrecerá á los conjuntos, ó se consoli-

lidará con la propiedad? ibi. n. 40. y 41. p.415.

Usufructo reservandose marido, y muger que hicieron donacion á alguno de todos sus bienes, y muriendo uno de ellos antes que el donatario, si se acrecerá al superstite la parte del difunto, y la gozará durante su vida, ó solamente la mitad? ibi. n. 42. p.416.

Usufructo, y uso, por quántas causas se extinguen? ibi. n.43. pag.417.

Usufructo del quinto si lo lega el marido á su muger, ó á otro, y la propiedad de él á sus descendientes, quién deberá pagar los legados especificos? lib. 2. cap. 1. n. 37. p.31.

Usufructo de bienes de Clerigo ordenado in sacris, que lo dexó á su nieto existente en la potestad de su padre espurio, para quién será, si para el padre, ó para el nieto? ibi. num.70. y 71. pag. 51.

Usufructo de los bienes de la muger, que toca á su marido, no lo perderá éste, aunque aquella mejore por contrato sin su licencia á un hijo, y le entregue los bienes de la mejora: lib.2. cap.2. n. 12. p. 85.

Usufructo del tercio, ú otra quota de un fundo legando el testador á alguno, puede el heredero vender el fundo, entregando anualmente al legatario la estimacion de la locacion de la quota: ibi. n. 20. p. 91.

Usufructo de los bienes adventicios del hijo existente en la patria potestad, si su padre se lo dona expresamente teniendo cogidos los frutos, le toca; pero debe colacionar su importe: lib. 2. cap. 3. n. 60. pag. 219.

Pero no, si le dona tacitatamente sus frutos: ibi. n. 61. y 62. p. dicha, y 220.

Usufructo de los bienes adventicios del hijo, que su padre no quiere adquirir, le toca, y no debe colacionarlo: ibi. n. 63. pag. 221.

Usufructo de los bienes adventicios del hijo casado que su padre le retiene, aunque no se lo demande en vida, puede exigirlo de los coherederos despues de muerto: ibi. num. 65. pagin. dicha.

Usufructo de la quarta marital, y no su propiedad toca á la viuda que vuelve á casarse: ibi. num. 174. pagin. 307.

Usufructo del tercio de sus bienes, si podrá, ó no quitarlo el hijo á su padre, al modo que la propiedad, y succederá el legatario en él, cómo en ésta? lib. 2. cap. 4. num. 21. y 22. pagin. 323. y 324.

Usufructo toca solamente á la muger viuda que teniendo hijos se buelve á casar, en los bienes que por testamento, titulo, ó contrato lucrativo hubo de su marido, ó de sus parientes, ó heredó abintestato de alguno de sus hijos: libro 2. cap. 5. n. 3. al 6. pag. 336. á la 338.

Usufructo de los bienes reservables toca plenamente á la muger que se buelve á casar, y puede disponer de él como quisiere, sin estar obligada á reservarlo á los hijos del matrimonio precedente: ibi. num. 30. pag. 354.

Usufructo de los bienes que la madre heredó de algun hijo, no está obligada aunque pase á segundas nupcias, á restituirlo á otro hijo de aquel matrimonio que despues lo contrajo: ibi. num. 31. pag. dicha.

Usufructo pierde el usufructuario que enagena los bienes que usufructúa, ó el derecho de usufructuarlos: ibi. num. 34. pag. 356.

Usufructo de los bienes reservables no pierde la madre, aunque los enagene, y subsistirá su enagenacion mientras viva; pero despues pueden reivindicarlos sus hijos del poseedor: ibi.

Usufructo que el marido dexó simplemente de sus bienes á su muger, ó ésta á él, ó con la condicion de que viva castamente, no lo pierde por el transito á segundas bodas: ibi. n. 36. pag. 357.

Usufructo, arras, y gananciales pierde la muger viuda que vive luxuriosamente: ibi. n. 37. pag. dicha.

Usufructo de los bienes reservables del hijo toca integramente á su madre, sin estár obligada por pasar á segundas nuptias, á reservarlo á los demás hijos: lib. 2. cap. 5. n. 30. y 31. pag. 354.

Usufructo que el marido dexó simplemente á su muger, no lo perderá por su transito á segundas nuptias: ibi. n. 36. p. 357.

Usufructo legandolo simplemente el usufructuario, espira, y su heredero nada de-

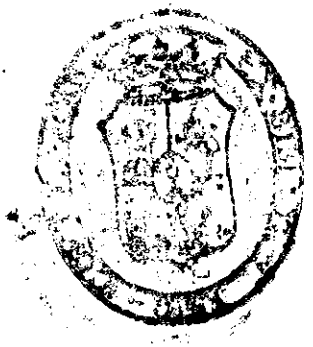
debe dar al legatario: libro 2. cap. 6. n. 20. p. 377.
Usufructo de los bienes adventicios del hijo existente en la patria potestad, en qué casos compete á su padre? lib. 2. cap. 7. n. 34. pag. 470.
Usufructo de los bienes del descendiente que muere intestado, teniendolo uno de sus ascendientes, y concurriendo con dos, ó mas á heredarle, si será, ó no preferido á ellos en su goce por toda su vida? ibi. num. 35. pag. 471.
Usufructuario. Usufructuario debe hacer inventario de los bienes del que le instituyó: lib. y cap. 1. n. 56. al 59. pag. 50. y sig.
Usufructuario de todos los bienes, ó de cosas determinadas, si deberá, ó no pagar las deudas del testador, y legados que hizo, ya sea constituido el usufructo en contrato entre vivos, ó en ultima voluntad? lib. 1. cap. 7. num. 9. al 11. pag. 396. y 397.
Usufructuario, si deberá, ó no pagar las pensiones, ó réditos de censo, diezmo, tributo, y gabela de los bienes del usufructo? ibi. num. 12. y 13. pag. 398. y 399.
Usufructuario para poder gozar el usufructo de bienes que no se consumen con el uso, qué fianza debe dar? ibi. num. 14. pag. 400.
Usufructuario, cómo ha de gozar el usufructo á arbitrio de buen varon? ibi. num. 16. pag. 401.
Usufructuario puede arrendar, donar, y disponer de los frutos de los bienes raices, de que lo es: ibi. num. 17. y 18. pag. dicha, y sig.
Usufructuario convencional, y legal, qué reparos debe hacer, ó no en los bienes que usufructúa? ibi. p. 402.
Usufructuario de bienes semovientes productivos, qué frutos debe percibir; y ya sean, ó no productivos, á qué está, ó no obligado? ibi. num. 18. pag. dicha.
Usufructuario hace suyo lo que los siervos ganan con su industria; mas no lo que se les dona, ó lega, excepto en un caso, ni los hijos de las siervas: ibi. n. 20. pag. dicha, y sig.
Usufructuario de bienes que se consumen con el propio uso, y reciben la funcion en su genero, ó de dinero, si deberá gozar de su usufructo, y cómo ha

ha de constituir la fianza, ya se aprecien, ó no? ibi. num. 21. pag. 404. dicha.
Usufructuario de bienes que se deterioran, y no se consumen con el uso, si gozará su usufructo, y qué fianza ha de dar? ibi. n. 22. y 23. pag. 405.
Usufructuario de bienes que se deterioran, y no se consumen con el uso, si perecen sin dolo, ni culpa suya, á qué está obligado? ibi. n. 24. pag. 406.
Usufructuario, en qué caso no estará obligado á afianzar? ibi. n. 25. pag. 406. dicha.
Usufructuario no necesita dar la fianza en quatro casos: ibi. num. 28. p. 408.
Usufructuario de un fundo, y legatario en propiedad de él, qué llevarán de sus frutos? ibi. n. 30. p. 409.
Usufructuario de todos los bienes siendo instituido uno; si el instituyente lega á otro alguna cosa de aquella especie, ú otra determinada en propiedad, y usufructo; ó lega á uno cierta cosa integral, y á otro parte cierta de aquella cosa; ó á uno el usufructo de todos sus bienes, y á otro el de un fundo solamente, qué llevará cada uno de ellos? ibi. num. 31. pag. 410.
Usufructuario de todos sus bienes instituyendo el testador á alguno, ó á su muger, y por heredero de ellos á sus hijos, en qué valdrá el usufructo? ibi. num. 33. y 34. pag. 411.
Usufructuario, quándo deberá, ó no percibir los frutos pendientes en los fundos, ó arboles que el testador dexa? ibi. num. 36. pag. 413.
Usufructuario siendo instituído alguno de todos los bienes del testador, y otro por legatario de un predio en propiedad, y usufructo, qué llevará cada uno? ibi. n. 47. p. 420.
Usufructuario de todos los bienes del testador, si deberá, ó no percibir los frutos de la herencia, mientras no la acepta el propietario? ibi. n. 49. y 50. pag. 421. y 422.
Usufructuario, quándo se dirá que ha percibido los frutos, y le tocarán, para que sus herederos los hagan suyos? ibi. num. 51. y 52. pag. 423. y 424.
Usufructuario que enagena los bienes que usufructúa,

ó el derecho de usufructuarlos, pierde su usufructo, y pasa al propietario: lib. 2. cap. 5. num. 34. pagin. 356.

Usufructuario, si lega simplemente el usufructo, espira, y su heredero nada debe dar al legatario: libro 2. cap. 6. num. 20. pagin. 377.

Usufructuario, si podrá ser, ó no executado? lib. 3. capit. 2. num. 78. p. 397.



LIBRERIA
DE ESCRIBANOS,

É INSTRUCCION JURIDICA THEORICO práctica de Principiantes.

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS de inventario, y particion de bienes de difunto, ordinario, executivo, y de concurso, y prelacion de acreedores.

OBRA UTILISIMA PARA TODA CLASE DE PERSONAS.

SU AUTOR

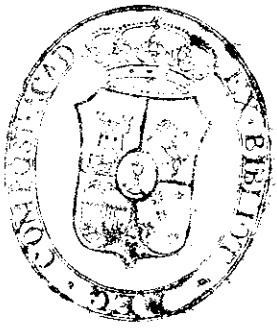
DON JOSEF FEBRERO, NATURAL de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y Agente de negocios de los Reales Consejos.

TOMO SEGUNDO.

COMPREHENSIVO DEL JUICIO DE PARTICION entre los herederos del difunto ex testamento, y abintestato, despues de reintegrada su viuda; y de la forma de estender el inventario, y particion por Contadores, y Escritura.

Con las licencias necesarias.

MADRID: En la Imprenta de Don PEDRO MARIN, año de 1781.



TRATADO DE PARTICIONES.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE BIENES DEL que murió testado, ò intestado entre sus herederos legitimos, y extraños, ya los haya mejorado, ò no.

CAPITULO PRIMERO.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS BIENES DEL que murió testado entre sus legitimos descendientes, quando à ninguno mejoró: de qué parte de ellos puede disponer en su perjuicio: qué puede dexar à los ilegitimos, careciendo de legitimos ascendientes, ò descendientes, ò teniendolos; y si los legitimados succederán, ò no à sus padres, y parientes.

SUMARIO.

§. I.

1 ¿*DE quántas maneras se puede hacer la particion?*

2. *De tres modos puede instituir herederos el testador, y la legitima de los descendientes puede ser completa, ò larga, y diminuta, ò corta.*

3. *¿Qué llevarán de la herencia si los instituye sin especificar quánto han de llevar, ò les señala la parte, ò porcion que han de percibir?*

4. *Si no hay testamento, ò aunque lo haya, si en él no prescribió regla, y forma de hacer la division, deben heredar con igualdad.*

5. *Puede dividir su hacienda, y señalar à sus hijos su legitima, y se ha de pasar por su arbitrio.*

6. *Quando no hizo la division, y señalamiento de bienes à sus hijos, debe hacerlo el Juez, y en este caso no tiene eleccion el heredero.*

7. *Juez, y Contador, ¿cómo han de hacer la aplicacion, ò adjudicacion de bienes à los viudos, y herederos?*

8. 9. *¿En qué casos podrá, ò no el testador prohibir à sus herederos la division?*

10. *No puede ser compelido el padre à entregar en vida à sus hijos las legitimas, ni estos à su padre la suya.*

11. 12. *¿Si podrá, ò no el padre entregar en vida à su hijo la legitima, aunque lo resista?*

13. *Puede revocar la particion que hizo entre sus hijos, si no expresa que quiere sea irrevocable.*

14. 15. *Diciendo que quiere sea irrevocable, ¿en qué casos podrá, ò no revocarla? Y no consiguiendo por ella el hijo su legitima, ¿si podrá repetir lo que le falte?*

16. 17. *Interviniendo, ò no pacto jurado en la particion hecha por el padre entre sus hijos, y aumentandose despues sus bienes, ¿si podrán, ò no pedir suplemento de su legitima?*

18. 19. *¿En qué casos habrá, ò no lugar el derecho de acrecer entre los hijos, en quanto à su legitima, ya sean instituidos solos, ò juntamente con extraños, si alguno de ellos renuncia su parte, ò por otro motivo no la percibe?*

20. *Siendo exheredado justa, ò injustamente algun hi-*

hijo, ¿si se acrecerá, ò no à los demás su parte?

§. II.

21 *TEniendo descendientes legitimos los ascendientes, no pueden testar en perjuicio de ellos, ni disponer de mas, que de un quinto de sus bienes en vida, y muerte por su alma entre extraños, ni en otra cosa.*

22. *No se comprehenden en este quinto las donaciones pequeñas que el padre hizo en vida, y sí solo las que constituyen cantidad considerable.*

23. *Lo propio milita, aunque el testador no tenga hijos vivos, si dexa algun postumo.*

24. *Donando entre vivos el ascendiente un quinto à un descendiente legitimo, y otro por ultima voluntad à otro, y no disponiendo del tercio, valdrán ambos.*

25. *Lo mismo procede, si dexa uno à favor de extraño, ò por su alma, y otro al de un descendiente, ò quando dexa el tercio à extraño, ò à ascendiente.*

26. *Si el testador que tiene cinco, ò mas hijos legitimos, podrá disponer del quinto integro de sus bienes à favor del natural, ò expurio, ò de extraño.*

27. 28. 29. *Teniendo hijos el testador, disponiendo de dos quintos entre extraños, y siendo irrevocable la primera disposicion, ò ambas revocables, ¿si valdrán, ò no entrambos?*

30. *Legando en testamento à un hijo el quinto, y en otra clausula de él el mismo quinto à otro hijo, ¿si se revocará el segundo, ò serán dos quintos?*

31. 32. 33. *Dexando muger el testador, ò ésta marido, y testando entre descendientes legitimos, ò extraños, ¿de dónde se han de deducir los gastos de su funeral, Misas, y entierro?*

34. *Quando el quinto no alcanza para estos gastos, ¿quién debe pagarlos?*

35. 36. *Legando el tes-*

tador dos quintos à dos hijos, ¿si valdrán, ò no, y de quál se deducirán dichos gastos?

37. *Teniendo el testador descendientes legitimos, y dexandoles la propiedad del quinto de sus bienes, y à su muger, ò à otro extraño el usufructo de él, ¿quién deberá pagar los gastos de su funeral, entierro, Misas, y legados especificos que hizo?*

38. *Instituyendo por herederos à sus hermanos por falta de legitimos, dexando el quinto à un hijo ilegitimo, ò el usufructo de él à su muger, ò à otro, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen los herederos, ò no disponiendo cosa alguna acerca de ellos, ni de su funeral, ¿de dónde se deben deducir?*

39. *Si el padre condenado en vida à alimentar à un hijo natural, los dexa legitimos, y à uno de estos, ò à extraño el quinto, ò dispone de éste por su alma, ¿de dónde se deducirán los alimentos?*

40. 41. *Haciendo donacion de un quinto por contrato entre vivos à un hijo, y de otro en ultima voluntad à otro hijo, ¿de quál se deducirán los legados, Misas, y gastos funerarios?*

42. 43. 44. *Si el testador dispuso del quinto en contrato irrevocable à favor de hijo, ò extraño, ¿de dónde se deducirán los gastos de su funeral, y entierro?*

45. 46. *Herederos legitimos, ò extraños, que compelidos, ò no por el Juez suplieron los gastos funerarios, ¿si los podrán, ò no repetir del legatario del quinto?*

47. 48. *Teniendo descendientes el testador, y donando irrevocablemente, ò entregando el quinto, ¿si el legatario de éste deberá pagar las Misas, legados, limosnas, y demás de que dispuso, ò serán ineficaces?*

49. *Si el padre mejoró en el tercio, y quinto de sus bienes à un hijo, y despues compró una Capilla, y la dotó con renta anual para la celebracion de cierto numero*

de

de Misas, y no dexó pagado el costo de la Capilla, ¿de dónde se deducirá éste, y la carga de Misas?

50. *Si el testador legó à su muger, ò à un hijo el quinto de sus bienes, y lo consignó en un fundo, ¿si lo llevará integro el legatario con los frutos que produxo durante la proindivision de la herencia, ò no?*

§. III.

51. 52. 53. *Hijos, ¿quáles se llamaban en lo antiguo naturales, y se llaman actualmente, y qué circunstancias se requieren para que sean habidos por tales?*

54. *Hijos naturales, ¿de qué privilegios gozan, y qué cantidad les pueden mandar sus padres teniendo descendientes legitimos?*

55. *Padre, ¿si podrá, ò no imponer gravamen en el quinto que dexa à su hijo natural?*

56. *Hijo natural, puede heredar à su padre mediante su voluntad, si carece de legitimos, ò si estos renuncian su herencia.*

57. 58. *Hijo natural, ¿si contra la voluntad de su padre tendrá derecho à sus bienes, ya sea exheredado, ò preterido?*

59. *Abuelos, pueden dexar todos sus bienes à sus nietos naturales, ya sean hijos de hijo legitimo, ò natural, aunque tengan ascendientes legitimos.*

60. *Ascendientes, pueden heredar à sus descendientes naturales del mismo modo que estos à ellos, por ser reciproca su succesion.*

61. *Hijos naturales, deben heredar à sus madres, y estas instituirlos por sus herederos, aunque tengan ascendientes legitimos, si carecen de legitimos descendientes.*

62. *Hijos naturales, siendo preteridos, ò injustamente exheredados por sus madres, pueden romper su testamento, aunque estas tengan ascendientes legitimos.*

63.

63. *Hijos, ¿quáles se llaman* expurios, *y de quántas clases son?*

64. *Padre, no está obligado civilmente à dar alimentos à sus hijos expurios, ni estos à él, ni se succeden ex testamento, ni abintestato.*

65. *Hijos de dañado, y punible ayuntamiento, no heredan à sus madres ex testamento, ni abintestato, aunque carezcan de legitimos.*

66. *Hijos nefarios, ò incestuosos heredarán à sus madres ex testamento, y abintestato en defecto de legitimos; y à sus padres ex testamento en el quinto, mas no abintestato.*

67. *Hijo de hombre casado, y muger libre, ¿cómo heredará à sus padres?*

68. *Hijo de Clerigo* in sacris, *nada debe haber de su padre ex testamento, ni abintestato, ni de sus parientes paternos, ni por contrato, pero sí los nietos.*

69. *Hijos de Frayle, Freyle, ò Monja profesos, nada deben heredar de ellos ex testamento, ni abintestato.*

70. 71. *Clerigo, dexando à su nieto existente en la patria potestad el usufructo de sus bienes, ¿si su padre expurio lo hará suyo, ò se adquiere para el nieto, ò se irritará la disposicion?*

§. IV.

72. *POR Derecho natural todos los hijos eran legitimos, y no se conoció la legitimacion hasta que se estableció el matrimonio.*

73. *¿Qué es legitimacion, y de quántas maneras se puede hacer?*

74. *¿Cómo se hace la legitimacion por el subsequente matrimonio, y si los hijos legitimados por él heredarán à sus padres, y en caso de ser preteridos, ò injustamente exheredados, romperán su testamento?*

75. *Hijo natural, ¿si se legitimará, ò no, y succederà à su padre casandose éste* in articulo mortis *con*

su

su madre, ò teniendo impedimento perpetuo de procrear?

76. *Contrayendose el matrimonio en fraude del substituto, no será excluido éste, pero el matrimonio valdrá.*

Y si el que está in articulo mortis *perdió el uso de sus potencias, no vale el matrimonio que contraiga, ni sus hijos se legitíman,* ibi.

77. *Hijos naturales, se legitíman por el subsequente matrimonio, aunque su padre despues de haberlos tenido se case con otra, si muerta ésta, lo contrae con su concubina.*

78. *Hijo natural de Clerigo de menores se legitíma por el subsequente matrimonio de éste con su concubina, aunque al tiempo de su concepcion concurran los vicios de incesto, y adulterio.*

79. *Lo que queda expuesto en orden à los hijos naturales en quanto à la legitimacion por el matrimonio subsequente, milíta para con los nietos tambien naturales.*

80. 81. *Hijo natural legitimado por rescripto de el Principe, ¿qué heredará de su padre careciendo de hijos legitimos, ò legitimados por el subsequente matrimonio?*

82. 83. *¿Y qué teniendo su padre hijos legitimos, ya sea, ò no limitada la legitimacion?*

84. *Hijo natural, ò expurio legitimado por rescripto, ¿si succederá, ò no à su padre en la nobleza, y honores, y heredará, ò no à sus parientes ex testamento, y abintestato?*

85. *Padre del hijo legitimado* à jure, vel ab homine, *le succede del mismo modo que éste à él.*

86. 87. *Hijos prohijados por via de adopcion, ò arrogacion, ¿en quánto succederán à los prohijantes?*

DE

§. I.

DE QUANTAS MANERAS SE PUEDE hacer la division: si el padre podrá, ò no hacerla en su vida, revocarla, y señalar à sus hijos la legitima, y qué ha de practicar el Juez quando no la hizo: si los hijos podrán pedir se les supla la legitima quando los bienes paternos se aumentaron; y si en ella habrán, ò no lugar el suplemento, y el derecho de acrecer.

1 REintegrada la viuda de su haber dotal, arras, y demás derechos que la correspondan despues de hechas las deducciones, liquidacion, y separacion del caudal comun inventariado en los terminos latamente expuestos en los capitulos del lib. 1. de este tratado; se sigue la division del privativo de su difunto marido entre los herederos que instituyó, ò abintestato deben heredarle. Esta se puede hacer de tres maneras: La primera por Contadores, ò personas que elijan todos los interesados, ò quien por su ausencia, menor edad, ò incapacidad los represente, ò el Juez de oficio en rebeldía de algunos. La segunda, por los mismos interesados de conformidad, siendo mayores de veinte y cinco años, los quales la han de presentar despues al Juez, para que la confirme, ò apruebe, y mande protocolizar, y que à cada uno se dé el respectivo testimonio de su haber. Y la tercera, (de que trata la ley 80. tit. 18. Partid. 3.) por escritura que todos otorgan, dandose por pagados de la quota, y bienes que se les aplican, y segun la institucion les corresponden,

den, los quales se deben individualizar en todas tres clases de particiones, para que siempre conste de lo que cada uno lleva, y le sirva de titulo legitimo de pertenencia la adjudicacion que se le forme. Pero de qualquiera suerte que se practíque, si hay testamento, se ha de hacer segun el orden, y forma legalmente prescripta por el testador.

2 Para la mas clara inteligencia de lo expuesto, se advierte, que el testador puede instituir herederos de tres modos: el uno, sin expresar qué parte de herencia han de haber: el otro, señalandola à todos; y el otro, señalandola à unos, y à otros no. (1) Se advierte igualmente, que testando entre hijos, ò descendientes legitimos, se les debe por todos derechos (como explicaré en el cap. 7. de este lib. n. 3.) la legitima, la qual puede ser de dos maneras, à saber: *Completa, ò larga, y diminuta, ò corta.* Se llama *completa*, quando es de todos los bienes del testador, excepto el quinto, de que puede disponer à favor de quien quisiere, segun diré en el 2. §. de este capitulo. Y *diminuta*, quando de ellos se deduce el tercio, cuyo importe, aunque tambien es legitima que se debe à los referidos descendientes, pero no absolutamente necesaria, y rigorosa para todos, sino para alguno, ò algunos à eleccion, y voluntad de su ascendiente: de lo que trataré con mas extension en el capitulo siguiente.

3 Presupuesto lo referido, digo, que si el testador instituye herederos, sin especificar quánto han de llevar, partirán la herencia con igualdad, ya sean legitimos, ò extraños, porque se conceptúan instituidos en esta forma,

(1) Leyes 7. 9. 14. y sig. tit. 3. Partid. 6. Guerreir. de Divis. lib. 5. cap. 20. n. 4. Menoch. lib 4. præsumpt. 15.

ma, (1) à menos que del comun uso de hablar se entienda, y colija otra cosa. Si les señala los bienes, ò porcion de herencia que han de percibir, se debe observar su voluntad entre herederos extraños. (2) Y lo propio milíta entre legitimos, con tal que no les prive de la legitima que por Derecho les toca, ni se la disminuya, pues aquel à quien mas dexe, ò mande, se entenderá mejorado. (3)

4 Si no hay testamento, ò aunque lo haya, si en él no prescribe el difunto regla, y forma de hacer la division de sus bienes, los deben partir igualmente los herederos instituidos, ya sean legitimos, ò extraños, como si de esta suerte lo hubieran sido; ò los que por Derecho deben heredarle abintestato. (4) Y del modo de dividir los del que murió intestado, ya dexe ascendientes, descendientes, ò parientes, trataré en dicho cap. 7.

5 Puede dividir su hacienda el testador entre sus herederos legitimos, ò extraños, (5) y el Juez debe seguir su voluntad. Tambien puede señalar à sus hijos en una, ò mas cosas la legitima paterna que les toca, y se ha de pasar por su arbitrio por la confianza que de él se tiene acerca de sus hijos, pues nadie es presumible resuelva pa-

(1) Ley Quotiens 9. §. Hæres, ley Attius 11. y ley Interdum 13. ff. de Hæredib. instituend. y ley 17. tit. 3. Partid. 6. y §. Si plures institut. de Hæredib. instituend.

(2) Ley Item quod 17. ley Asse toto 77. y ley Ex uncíis 87. ff. de Hæredib. instituend. ley final, ff. de Bonorum posses. secundum tabul. ley 17. tit 3. Partid. 6. cit. y §. Videamus institut. de Hæredib. instituend.

(3) Ley Parentibus arbitrium 8. Cod. de Inoffic. testament. ley Quotiens, ley Fili patris, Cod. y ley Filia, §. Si pater, ff. Familiæ erciscund.

(4) Ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. ley Lege, Cod. y ley 1. ff. de Legitim. hæredib. y ley Ut liberis, Cod. de Collationib.

(5) Dicha ley Quotiens 10. y ley Si cogitatione 21. al fin, Cod. Familiæ erciscund. y ley 9. tit. 15. Partid. 6.

para utilidad de estos con mejor consejo. (1) En quanto à si podrá, ò no señalarsela en el dinero que tiene, ò en el que no dexa en la herencia; y si el hijo podrá quexarse de este arbitrio de su padre, quando no dexa dinero, y por consiguiente recusar la solucion de su legitima en él, hay variedad de opiniones: sobre lo qual vease à *Valasco de Partitionib. cap.* 18. *n.* 15. *al* 22. pues por no importar al Contador, omito explicarlo.

6 Y si el testador no hace entre sus hijos la division, ni señalamiento de bienes, lo ha de hacer todo el Juez: (2) pues aunque de los del padre en comun, y no de ciertos, y determinados precisamente se debe pagar al hijo su legitima; (3) y por ésta tiene parte indistintamente en todas, y en cada alhaja hereditaria, (4) al modo que el heredero, à quien toca la quarta *Falcidia*, ò *Trebelianica*, las quales tambien se le deben omnimodamente de todos los de la herencia: (5) no obstante, no puede pedir parte en qualquiera por su legitima, ni elegir una, ni muchas, porque ningun Derecho le concede ésta facultad, antes bien se debe dexar à arbitrio del Juez la aplicacion, y solucion. (6)

7 Pero el Juez debe hacer la aplicacion en una, ò mas

(1) Dicha ley Parentibus, ley Nec in ea, ff. de Adulter. ley Aurelius, §. Titius testamento, ff. de Liberatione legat. y ley Si furioso puberi, ibi: *Sed per omnia judicium testatoris sequendum est*, ff. de Curatorib. furioso dand.

(2) Suar. in leg. Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testam. ampliat. 11. n.20. Valasc. de Partition. cap. 18. n. 3.

(3) Ley Scimus, §. Repletionem, Cod. de Inofficios. testam. & ibi. DD.

(4) Ley 2. Cod. Quando, & quibus quarta pars, & ibi. DD.

(5) Ley 2. Cod. ad leg. Falcid. y ley 2. tit. 11. Partid. 6. Gom. en la 19 de Toro n. 2.

(6) Bart. in leg. Suus quoque, ff. de Hæredib. instituend. Alex. in leg. In quartam, ff. ad leg. Falcid. Menoch. de Arbitr. cas. 163. n. 16. Valasc. dicho cap. 18. n. 3. 4. y 23.

mas cosas integras à cada heredero, y à la viuda, y viudo, si puede ser, y no dexarlas proindiviso entre todos, ò algunos, à fin de evitar que de su comunion, è indivision se origine discordia entre ellos, como regularmente acontece, (1) adjudicando proporcionalmente à cada uno segun su haber de bueno, mediano, y malo en toda clase, y especies de bienes, y deudas cobrables, incobrables, y dudosas, ya los herederos sean extraños, ò hijos de un matrimonio, dos, ò mas, para que ninguno experimente perjuicio. Y lo mismo debe practicar el Contador como que hace oficio de Juez, observando ambos las catorce reglas que en el cap. 2 §. 2. ex n. 39. al 53. lib. 1. de este tratado dexo explicadas, pues de otra suerte procederán no solo contra equidad, sino contra lo dispuesto por Derecho. (2)

8 Asi como el testador puede dividir su hacienda entre sus herederos, puede tambien impedir, ò prohibir à estos que la dividan. Por lo que si alguno de ellos pide que se haga particion, y otro se opone, manifestando al Juez el precepto del testador, debe admitir la excepcion, y deferir à la proindivision. (3)

9 Lo qual se limita, lo primero, quando el coheredero es de genio altivo, ò interviene alguna causa grave, por la qual no puede vivir en comunion con él, pues probada, deferirá à la particion. Y lo segundo, en quanto à la legitima de los hijos, pues el padre no puede imponerles éste gravamen en ella, aunque sí en los demás

(1) Ley Cum pater 77. §. Dulcissimis, ff de Legat. 2.

(2) Ley Ad officium 3. Cod. Communi dividund. ley Sancimus 34. §. Ne autem, Cod. de Donation. Merguech. de Divis, lib. 4. cap. 12. n. 1. y 2. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 54. y lib. 6. cap. 11. n. 17.

(3) Ley Si convenerit, y ley Idemque, ff. Pro socio.

más bienes, de que se le permite disponer. (1)

10 No puede ser compelido el padre (regularmente hablando) mientras vive à señalar, ni entregar à sus hijos sus legitimas, (2) porque no se las debe hasta que muere: (3) pues solo tienen cierta prematura, y probable esperanza de haberlas, como dixo el Jurisconsulto Ulpiano. (4) Lo qual se entiende, aunque los hijos estén presos, y las necesiten para satisfacer la condenacion que se les impuso. (5) Y lo propio milita en quanto à ellos para con su padre, porque son correlativos, y las legitimas de ambos en esta parte siguen igual regla. (6)

11 Pero si quisiere puede prevenir el tiempo de su muerte, y entregar en vida à sus hijos las legitimas que despues de ésta les habian de tocar. (7) Lo qual procede, aunque estos lo resistan, y no las quieran, porque el tiempo de la muerte para su tradicion se estableció en favor de los padres, cuyo auxilio pueden renunciar. (8)

12 De lo explicado se prueba, que la legitima que despues de la muerte se debe, se puede dar en vida; y que

(1) Ley Quoniam in prioribus. Cod. de Inofficios. testam. Guerreir. de Divis. lib. 1. cap. 1. n. 36. Ayor. part. 1. cap. 5. n. 14.

(2) Jason in Authent. Novissima n. 7. Cod. de Inofficios. testam. Fabian. ibi. quæst. 7. princip. Tell. en la ley 23. de Toro n. 11.

(3) Authent. cit. y ley Cum quæritur 6. Cod. de Inofficios. testam.

(4) Ley 1. §. Si impuberi 21. ff. de Collatio bonor. Bart. in leg. fin. ff. de Liber. agnoscend.

(5) Bart. en dicho §. Si impuberi. Immol. y otros en la ley Si filium, ff. Solut. matrimon. Menchac. en dicha Authent. Novissima.

(6) Ley Nam etsi parentibus 15. ff. de Inofficios. testam. DD. in dict. Authent.

(7) Ley Cum quo de Peculio 56. §. fin. ff. ad leg. Falcid. & ibi. Paul. Tell. en dicha ley 23. n. 11. cit. Bart. in leg. 1. §. Si parens, ff. Si quis à parente fuerit manumissus.

(8) Ley Post mortem 12. Cod. de Fideicommis. ley penult. Cod. de Pact. Menchac. de Succession. creat. §. 7. n. 19.

que la particion que despues de ésta se hace comunmente, la pueden hacer los padres mientras viven entre sus hijos por escritura, ò sin ella; (1) pues aunque parezca que éste acto se debe celebrar despues de la muerte, no hay ley que prohiba su celebracion en vida. Pero la entrega à los hijos se limíta en caso que les pueda ser nociva, v. g. por ser menores, ò pródigos; pues entonces no debe su padre hacerselà, porque les irrogará grave detrimento, que está obligado à evitarles. (2)

13 Puede el padre revocar la particion que hizo entre sus hijos, aunque proceda à entregarles los bienes en ella contenidos, sino expresa que quiere sea irrevocable, y dure perpetuamente: porque en este caso no adquiere el vigor de simple donacion, sino solamente de ultima voluntad, que quiso prevenir en vida, la qual como deambulatoria es revocable hasta la muerte; (3) por lo que no há lugar la irrevocacion de que trata la ley 17. de Toro.

14 Y si dice que quiere sea estable, è irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ò los hijos entre quienes se efectúa la particion, existen baxo de la patria potestad, ò no. Si no existen por hallarse casados, ò emancipados por su padre, ò por la ley, valdrá, y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfiere irrevocablemente el dominio de ellos. (4) Pe-

(1) Ley Si filia nupta, §. Si pater inter filios, ff. Familiæ erciscund. & ibi. Bald. Florian. y otros.

(2) Arg. leg. Si ita relictum, §. Pegasus, ff. de Legat. 2. y ley 3. §. Cum Polidus, ff. de Usur. Valasc. de Partition. cap. 21. n. 6. al 10.

(3) Ley Si filia nupta cit. §. fin. ley 4. ff. de Adimend. legat. cap. Cum Marte de Celebrat. Missar. Ayor. part. 3. quæst. 10. Morquech. de Divis. bonor. lib 4. cap. 3. n. 5. y 6.

(4) Ley Sive emancipatis 17. Cod. de Donation. Gom. en la 17. de Toro n. 21. vers. Sed his non obstantibus.

15 Pero si existen, se podrá revocar, porque no se les transfiere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder. (1) Previniendo, que si por ésta particion no consiguió algun hijo la legitima integra que le correspondia, atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, antes bien podrá repetir el residuo, asi de ellos, como de los posteriormente adquiridos, ò aumentados. (2)

16 Valen en tanto grado la particion hecha por el padre entre sus hijos mayores, y la asignacion de bienes, y tradicion que de sus legitimas les hizo en vida con clausula, y juramento de que no han de pretender mas de los patrimonios, sin embargo de que se aumenten despues, renunciandolos expresamente: que ya se multipliquen, ò disminuyan, ni el hijo tendrá repeticion contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo: ni aunque la intenten deben ser oidos, porque el juramento confirma, y vigoriza el pacto. (3)

17 Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legitima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque discordan los Autores acerca de si los hijos podrán, ò no pedirlo, la mas segura opinion es, que pueden, y que creciendo las facultades de sus padres, debe crecer tambien su legitima, no obstante que al tiempo que se hizo la particion hubiesen recibido integra la que con atencion à los bienes pater-

(1) Si nominis 2. Cum de Bonis 11. y Sive emancipatis 17. cit. Cod. de Donationib. ley Si pater 2. Cod. de Inofficios. donationib. y ley 3. tit. 4. Partid. 5. Valasc. de Partitionib. cap. 21. dicho n. 13. y 14.

(2) Boer. decis. 62. n. 8. Tell. en la ley 23. de Toro n. 13. Valasc. dicho cap. 21. n. 17.

(3) Jason en la Authent. Novissima cit. n. 19. Palac. Rub. in Rubr. §. 16. n. 16. Menchac. de Succession. creat. §. 18. n. 80. Sr. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 3. n. 5.

ternos les correspondia entonces, porque se debe regular segun los que tiene al tiempo de su muerte, y no segun otro. Sin que sirva alegar, que siendo esto asi, tendrá el hijo dos legitimas, una al tiempo de la particion, y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una, entregada en dos tiempos, y veces, porque la asignacion primera lleva la tacita condicion; con tal que los bienes paternos no se aumenten. Acerca de lo qual vease à *Valasco de Partitionib. cap.* 21. *ex n.* 19. hasta el fin, à *Morquech. de Divis. lib.* 4. *cap.* 5. *per tot.* y à los que citan, pues por no ser punto que debe decidir el Contador, no me dilato mas.

18 En quanto à si en la legitima de los hijos habrá, ò no lugar el derecho de acrecer, debo sentar tres casos. El primero, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que há lugar; y asi la parte que el uno repudie se acrece igualmente à los demás, por las razones que expondré en el cap. 8. de este libro §. 3. n. 60. El segundo, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian sus partes, ò por otro motivo faltan: tampoco la hay de que se acrecen à los extraños, por las propias razones. (1)

19 El tercero es, quando siendo instituidos juntamente con extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legitima, ò por otra causa no la percibe, ¿y se duda si segun nuestro Derecho Real la llevarán sus hermanos, ò los extraños; ò estos, y aquellos omnimoda, y simultaneamente? Y satisfaciendo à esta duda, para instruccion del Contador digo, que se acrecerá solamente à los hijos: Lo primero, por-

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 37. Gracian. Discept. Forens. cap. 178. Sr. Larrea decis. 36. n. 11. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. ex n. 177.

porque el extraño nunca se entiende ser heredero, si no legatario; y ya el testador lo instituya junta, ò separadamente con sus hijos, dexando à estos su legitima, y à aquel el quinto: ò no distinguiendo, ni diciendo lo que éste, y ellos han de percibir, siempre se conceptúan instituidos en diversas partes, ò porciones, que son: los hijos en su legitima, y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos *re*, & *verbis*, y el extraño omnimodamente disyunto: y quando falta alguna parte, se acrece mejor à los conjuntos, de ambos modos, que al que lo es solamente de un modo. (1) Lo segundo, porque aunque quiera decirse que todos son conjuntos *re*, & *verbis*, ò con igual conjuncion, no obstante, los hijos lo son con conjuncion legal en su legitima; por lo que la parte repudiada se debe acrecer à los hermanos, y estos obtener la prelacion, como que les compete derecho mas potente, y vigoroso. Y lo tercero, porque en qualquier tiempo que se haga la repudiacion, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel hijo, ò hijos repudiantes, y sí unicamente à sus hermanos aceptantes: y asi à estos toca como à sus unicos herederos. (2)

20 Por lo tocante à quándo el hijo es exheredado justa, ò injustamente, si se acrecerá, ò no su parte à sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravamen. Suponiendo como incontrovertible, è indubitado que el hijo no puede

(1) Ley Re conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Quotiens 1. §. Idem ait, vers. Idem est, ff. de Usufruct. accrescend. y ley unic. §. His ita definitis, vers. Sin vero quidam, Cod. de Caducis tollend.

(2) Arg. leg. Hæres quoque, ff. de Adquirend. hæredit. Gom. dicho n. 37. Merlin. de Legitim. lib. 1. tit. 1. quæst. 2. n. 11. y tit. 4. quæst. 5. Gracian. regul. 357. n. 1.

de ser gravado en su legitima, (1) digo, que si fuere justamente exheredado, se acrece à los demás hermanos su parte de herencia, se juzga la misma con la legitima de estos, y no están sujetos à restitucion, (2) porque la legitima de los hijos se mide, y gradúa segun la succesion abintestato. (3) Es asi que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre. Luego sus hermanos percibirán la legitima, como si le succedieran abintestato, y por transmision, y conjuncion legal vendrá à ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstaculo; y asi se debe tener, y estimar por exheredado en el todo de su legitima. (4) Además de que en la querella de inoficioso testamento, excluso, ò removido el obstaculo, y tambien uno de los herederos, há lugar el derecho de acrecer à favor de los demás. (5) Luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legitima, que es mas favorable que la querella: (6) y asi excluso el hermano por la exheredacion, deben sus hermanos conseguir mas facilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fue exheredado justamente, no se les acrecerá, porque él, y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento, y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho no há lugar el de acrecer. (7) Lo que es

(1) Ley Quoniam in priorib. Cod. de Inofficios. testam. y ley 11. tit. 4. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 31.

(2) Aretin. Immol. Din. y Alex. en la ley Plane, §. Si duobus, ff. de Legat. 2. Bald. y Salicet. en la Authent. Novissima cit.

(3) Ley Cum quæritur 6. y ley Parentibus 8. Cod. de Inofficios. testam.

(4) Ley unica, Cod. Quando non petentium partes, arg. leg. Si post mortem, §. Si liber, ff. de Bonor. posses. contra tabul.

(5) Ley Si ponas filium 23. §. fin. ff. de Inofficios. testam.

(6) Ley Omnimodo 30. Cod. de Inofficios. testam.

(7) Ley Sive patronus 21. §. Ex duobus patronis 2. ff. de Jure patronat.

es al contrario quando se les instituye en menor parte que su legitima, pues pueden pedir suplemento de ella. (1) Del derecho de acrecer trataré con mas extension en el cap. 8. de este libro, en donde para la inteligencia de lo explicado se podrá instruir mejor el Contador.

§. II.

DE QUE PARTE DE SUS BIENES puede disponer el testador por su alma, ò à favor de quien quisiere en perjuicio de sus legitimos descendientes; y de dónde se deben deducir los gastos de su funeral, entierro, y Misas.

21 SIN embargo de lo ordenado por las leyes 9. tit. 5. de Legados, y 7. tit. 12. de Donaciones lib. 3. del Fuero Real, no pueden los ascendientes de estos Reynos de Castilla, teniendo descendientes legitimos, disponer en perjuicio de estos por su alma, à favor de extraño, ni en otra cosa de mas, que de un quinto de sus bienes libres en vida, y muerte, al qual los dos que las citadas leyes les permitian distribuir, están reducidos oy por la 28. de Toro, que es la 12. tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *La ley del fuero, que permite que el que tuviere fijo, ò descendiente legitimo, pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas: y la otra ley del fuero, que asimismo permite que puedan mandar, teniendo hijos, ò descendientes legitimos al tiempo de su muerte, la*

(1) Ley 5. verb. Otrosi decimos, tit. 8. Partid. 6. Spino in Specul. de Testament. glos. 9. ex n. 23.

la quinta parte de sus bienes: se entienda, y platique que por virtud de la una ley, y de la otra no pueda mandar el padre, ni la madre à ninguno de sus hijos, ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida, y muerte. Y aunque ésta ley no hace mencion sino de los descendientes, se entiende, y debe ampliar à los extraños con razon mas poderosa: y tambien à su alma, por lo que ordenan las 9. 10. 12. y 30. de Toro, que insertaré en los respectivos lugares de este capitulo.

22 Haciendo el padre en vida algunas donaciones pequeñas, ¿se dificulta si su importe se tendrá en consideracion para computarlas en parte de quinto? Y resuelven los Autores, que quando el exceso, ò gravamen es módico, no se deben computar, especialmente si hay costumbre de que de ellas no se haga merito, como regularmente acontece: porque de lo contrario se ligarian nimiamente las manos al padre dueño de sus bienes; pero si es notable, entonces se computará en el quinto, pues lo mismo se debe juzgar de muchas donaciones paulatina, y menudamente hechas, que constituyen cantidad considerable, que de una grande, porque en este caso se grava demasiado la legitima de los hijos; (1) lo qual deberá graduar el Juez docto, y prudente, atendidos los haberes del donante, y demás circunstancias correspondientes, y no arbitrariamente.

23 Lo expuesto en el num. 21. procede, ya el testador tenga hijos vivos, ò solamente postumo, pues en ningun caso de estos puede disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte. Y sin embargo de que *Ayora part.*

(1) Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 62. Matienz. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 2. y 3. Ayor. part. 2. quæst. 35. Angul. de Melioration. en dicha ley 12. glos. unic. n. fin.

part. 2. *quæst.* 1. dice que puede de la quarta parte quando dexa solamente postumo, fundandose en la ley 3. tit. 13. lib. 3. del Fuero Real, no debe seguirse su dictamen: Lo primero, porque estas leyes deben estimarse por tales unicamente en donde son usadas, y guardadas, como lo manda la primera de Toro, y la citada no está en uso: y para que tenga lugar en algun Pueblo, debe probar su uso como fundamento de su intencion el que la alega, porque se afianza en un hecho, y afirmativa probable, (1) como sucede en Ciudad Rodrigo, y en otros Lugares confinantes con el Reyno de Portugal, que en esta parte se goviernan por ella. Y lo segundo, porque el postumo en todo lo que concierne à su utilidad, se conceptúa, y estima por nacido; (2) y asi su padre está obligado à instituirlo por heredero sin diminucion de su legitima, (3) y no lo haciendo romperá su testamento, y se le suplirá ésta. (4) Por lo que la opinion de Ayora tendrá cavimiento, ò en el caso de que el postumo no nazca, ò aunque salga à luz, no concurran en él las qualidades que prescribe la ley 13. de Toro, y explicaré en el cap. 7. de este libro num. 5. pues entonces por su pretericion no se rompe

(1) Ley Ei, qui, ff. de Probation. ley Actor, Cod. eod. tit. y §. Verius institut. de Legat. Rodrig. Suar. in Proem. leg. Fori. Sr. Greg. Lop en la ley 42. tit. 13. Partid. 5. y en la 28. tit. 15. Partid. 7. Gutier. dicho lib. 2. Pract. quæst. 93. n. 2. al 4.

(2) Ley Qui in utero, ff. de Statu homin. ley 3. tit. 23. Partid. 4. ley 20. tit. 1. Partid. 6. y §. Posthumi, Institut de Legat.

(3) El tit. Cod. de Posthum. hæredib. instituend. y ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testament.

(4) Ley Posthumo nato, Cod. de Bonorum posses. contra tabul. ley Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testam. ley Cum scimus, §. Repletionem, ff. eod. tit. ley 3. ff. de Injusto, rupto testam. y ley 5. tit. 8. Partid. 6. Morquech. de Division. lib. 3. cap. 8. ex n. 33. al 37.

pe el testamento, ni se le estima por heredero, ni aun por hombre para este efecto. (1)

24 Donando inter vivos el testador un quinto à un descendiente legitimo, y legando otro por ultima voluntad à otro descendiente, valdrán ambos quintos, sino dispone del tercio; y la razon es, porque si tiene potestad para mejorar à alguno, ò algunos de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes libres, (como diré en el capitulo siguiente) mejor podrá mejorarlos en este, que importa menos que aquel, pues segun Derecho, (2) en la cantidad mayor se incluye, y embebe la menor; y como aunque puede mejorarlos en el tercio integro, no está obligado à ello, se entiende por lo mismo que uno de los dos quintos es parte del tercio, y que sin embargo de poder dexarselo, no quiere sino solamente el quinto, que es menos; y asi la prohibicion de la ley 28. en quanto à los dos quintos, se entiende absolutamente por lo respectivo à extraños, y à su alma, y por lo concerniente à los descendientes legitimos, quando mejora à alguno en el tercio, y quinto, en cuyo caso no puede haber mas de un quinto; pero no quando no dispone del tercio, porque entonces el quinto es parte de éste. (3) Pues ninguno puede hacer que lo dispuesto por ley no tenga vigor contra su voluntad, antes bien quando ésta es contra aquella, se tiene por no escrita. (4)

Lo

(1) Ley fin. ff. de Assignat. libert. y ley fin. ff. de Collation. bonor.

(2) Ley Stipulatio 1. §. Si stipulanti 10. ff. de Verbor. obligation.

(3) Tello en la ley 28. de Toro n. 1. Cifuent. en la 18. cerca del fin. Matienz. en la 12. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. y 4. Angul. en ella glos. 1. n. 3. al 5. Morquech. dicho lib. 3. cap. 9. n. 2. Ayor. part. 2. quæst. 8.

(4) Ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. ley final, Cod. de Codicil. y ley 32. tit. 9. Partid. 6. & ibi. glos. final.

25 Lo mismo procede, y se debe observar quando dexa un quinto por su alma, ò à favor de extraño, y otro al de un descendiente legitimo: pues el de éste es tambien parte del tercio, y el de aquel verdadero quinto de su hacienda; y quando dexa el tercio à extraño, ò à un ascendiente, teniendo descendientes legitimos, pues se reducirá al quinto, y como tal valdrá hasta en su importe, y no mas, respecto de que testando entre legitimos descendientes, no puede valer en el todo, pues en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil. (1)

26 Teniendo el padre, madre, ò ascendiente cinco, ò mas hijos, ò descendientes legitimos, se duda si podrán disponer del quinto integro à favor de un hijo natural, ò expurio, ò al de extraño, ò por su alma. Y aunque algunos dicen que no, fundandose en que el ilegitimo, ò extraño serían de mejor condicion que los legitimos, porque llevaban mayor porcion, y por consiguiente se gravaba à estos en su legitima, no obstante, lo contrario me parece es lo cierto: Lo primero, porque ni la ley 28. de Toro, ni otra alguna distinguen de si los hijos han de ser dos, quatro, cinco, ò mas; y los Legisladores no ignoraban que los padres podian tenerlos; y asi por no haberlo expresado, se entiende no excluido, ni exceptuado este caso, pues quando la ley habla generalmente, y no distingue, debe entenderse generalmente, y no debemos distinguir. (2) Lo segundo, porque por Derecho antiguo le tenian solamente los hijos à la quarta parte de los bienes

(1) Regla Utile per inutile de Regul. jur. in 6. y ley 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero. Segur. en la Unum ex familia, §. Sed si fundum, ff. de Legat. 2. Cifuent. en dicha ley 18. n. 7. Angul. en la 12. cit. n. 4. Aceved. en ella n. 3.

(2) Ley Non distinguemus, ff. de Recept. arbitr. y ley De pretio 8. ff. de Publician. in rem actione, & ibi. glos.

nes de sus padres, la que siendo quatro, ò menos, se les aumentó à la tercera; y si eran cinco, ò mas, à la mitad, y ultimamente hasta las quatro partes, quedando unicamente à los padres el quinto de libre disposicion, como diré en el capitulo siguiente num. 1. por lo que, y porque la asignacion de la parte, ò quota de legitima es de Derecho positivo; teniendo consideracion à este aumento los Legisladores, y à que era demasiado violento limitar, y minorar el quinto en el caso de que tuviese cinco, ò mas hijos el testador, que era dueño de todos sus bienes, y podia enagenarlos en vida, sin que sus hijos se lo pudiesen impedir, por haberlos ganado con muchos afanes; y à que de hacerlo se les podia entibiar el animo de adquirir, no lo limitaron, antes bien establecieron las quatro partes por legitima unica de los hijos, ya fuesen muchos, ò pocos, y concedieron indistintamente la quinta à sus padres; por lo que en dexandoselas, cumplen con la ley, y no proceden contra ella. Y lo tercero, porque el quinto se concedió à estos, à fin de que ya que se habian fatigado tanto en adquirir para utilizar à aquellos, pudiesen disponer de él à beneficio, y en sufragio de su alma, la qual es preferida à todos, y en su derecho, y lugar se subrrogan el hijo ilegitimo, y el extraño; sin que sirva alegar, que los legitimos se constituyen de peor condicion que el ilegitimo, ò extraño, pues esto es falso, porque llevan las quatro partes, y el ilegitimo, y extraño una sola, y el que sean cinco, ò mas, es casualidad, que no debe alterar la disposicion general, ni quitar al padre lo que la ley le dá: ni tampoco sirve el que son gravados en su legitima, pues no hay tal gravamen, porque perciben todo lo que la ley les concede, y el padre en usar de su derecho à nadie grava, ni injuria. A mas, de que la ley no miró à la utilidad privada de cada hijo, sino à que su pa-

padre no quitase à todos cosa alguna de las quatro partes de sus bienes, ni dispusiese mas que de la quinta. (1) Y asi se debe observar, no mandando el testador otra cosa, salva la superior censura, à que me sujeto.

27 Teniendo descendientes legitimos el testador, si dispusiere de dos quintos entre extraños, ¿se duda quál de los dos valdrá? Y para responder categoricamente, se debe distinguir: si la disposicion primera fue irrevocable, será preferida, por no poderse revocar por la segunda. (2) Lo qual procede, ya la primera donacion se haya hecho por via de quota, ò de cosa, ò cantidad cierta, porque en uno, y otro caso versa igual razon, y asi debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las ultimas como inoficiosas. (3)

28 Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ò por donacion revocable entre vivos, (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor, y efecto de legado, (4) se debe hacer de ambas el mismo juicio) se han de distinguir tres casos: El primero, quando ambas disposiciones fueron por via de quota del quinto; en cuyo caso los legatarios, y donatarios serán conjuntos *in re*, que es en és-

(1) Gutier. dicho lib. 2. quæst. 107. Matienz. en la ley 7. glos. 4. n. 5. y en la 9. glos. 1. n. 6. al fin, tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) Ley Fuit quæstionis ult. ff. de Dotis collation. glos. in leg. Titia Seio, §. Imperator, ff. de Legat. 2. & ibi. DD. & in leg. 1. Cod. de Inofficios. donation. Tell. en la 25. de Toro n. 1. vers. Ulterius.

(3) Ley Si libertus, §. fin. ff. de Jure Patronat. Angul. en dicha ley 12. n. 5. y 6.

(4) Ley Donationes quas parentes 25. Cod. de Donation. inter vir. & uxor. y ley In donationibus, Cod. ad leg. Falcid.

éste, (1) y en ellos habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demás que en los conjuntos reales, ò en la cosa, à menos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es, que no lo lleve el primero, y sí el segundo. (2) Y aunque en la cantidad legada à muchos parece que el testador multiplica el legado, (3) no es asi, pues mas se adapta el de el quinto à legado de cierta especie en el presente caso; porque como no puede disponer demás que de uno, no puede verificarse una, y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ò en donacion revocable, ò una en ésta, y otra en aquel, por militar la misma razon; y asi lo dispuesto en los conjuntos *in rè*, que es en la cosa, procede en los conjuntos en la quota, quando el testador no puede disponer de mas que de ésta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de quotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. g. à uno el quinto, y à otro el sexto, ò à uno el quarto, y à otro el septimo, &c. se prorrateará el quinto entre todos.

29 El segundo caso es, quando una disposicion fue del quinto por via de quota, y la otra de cierta especie, y cantidad, en cuyo caso la de cierta especie, y cantidad disminuirá la del quinto: Lo primero, porque siempre se entiende legado baxo la commemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y asi es en el residuo baxados estos. Y lo segundo, porque aunque se dexe simplemente como legado generico, se disminuirá por el especi-

(1) Ley Re conjuncti 89. ff. de Legat. 3.

(2) Ley Si pluribus 33. ff. de Legat. 1.

(3) Arg. leg. Quinquaginta, ff. de Probation. ley Omnes, y ley Sequitur, ff de Obligation. & action. y ley Quid ergo, §. Si quis duos, ff. de Legat. 1. Bart. in leg. Re conjuncti n. 7.

cifico, pues siempre lo deroga, y disminuye. (1) Y el tercero es, quando todos fueron iguales por via de cantidad, ò cosa cierta; en cuyo caso se disminuirán los legados, ò donaciones confirmadas con la muerte, hasta en el valor del quinto. (2)

30 Si el testador lega en testamento à un hijo suyo el quinto de sus bienes, y en otra clausula de él dice despues, que lega à otro hijo, que nombra, el mismo quinto que legó al primero, ¿se duda si en quanto à éste se revocará, y lo llevará el segundo solo, ò serán dos quintos, ò uno para ambos hijos, y como conjuntos lo percibirán por mitad? Y se responde, que ni se revocará el segundo, si el testador no lo revoca, ni serán dos quintos, sino uno para entrambos legatarios; y asi concurrirán al percibo de su liquido residuo con igualdad, deducidas mandas, y gastos funerarios. (3) Lo qual se entiende, no mandando otra cosa el testador, ò no coligiendose de su voluntad.

31 Del quinto de los bienes propios del testador se deben deducir los gastos de su funeral, Misas, y entierro, y no del cuerpo de su hacienda, aunque expresamente lo mande, como lo ordena la ley 30. de Toro, que es la final del tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *La cera, Misas, y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas*

(1) Ley Titia 34. §. Lucius Titius 6. ff. de Legat. 2. y ley Uxor 41. §. Fælicissimo 3. ff. de Legat. 3. & à contrario text. in leg. fin. ff. de Auro argento legat. & ibi. Bart. Cifuent. en la ley 30. de Toro n. fin.

(2) Doctor. in leg. 1. Cod. de Inofficios. donationib. & in leg. Titia Sejo, §. Imperator, ff. de Legat. 2. Castill. en la ley 29. de Toro n. 32. Angul. en la 12. cit. n. 7. al 11.

(3) Ley Julianus quinque, ff. de Hæredib. instituend. ley unica, §. Sin autem, Cod. de Caduc. toll. ed. Bart. in leg. Re conjuncti col. 3. ff. de Legat. 3. & ibi. Jason & DD. Palac. Rub. en la ley 26. de Toro n. 21. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 9. n. 26.

das graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.

32 Lo qual se entiende quando el testador tiene descendientes legitimos, pues careciendo de ellos, y testando entre extraños, ò parientes, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su privativo caudal, no mandando lo contrario, segun por Derecho comun (1) está ordenado, por no hallarse corregido en esta parte por la ley inserta, ni por otra alguna de estos Reynos. Y quáles se llaman gastos funerarios, lo explicaré en el cap. 4. num. 13. de este libro.

33 Pero ya haya dexado, ò no descendientes legitimos el testador, y por no tenerlos, testado entre extraños, y teniendolos, entre ellos mismos, nunca se deben deducir los gastos funerarios del acerbo del caudal inventariado, ni del de los gananciales, si dexó muger, ò ésta marido: Lo primero, porque teniendo bienes qualquiera de los conyuges, se debe enterrar, y hacersele los sufragios à su costa, por ser deuda suya propia, y no del superstite. (2) Y lo segundo, porque de deducirse de los gananciales, se perjudicaba à éste en la mitad; y no siendo, como no es, deuda contraida constante matrimonio con motivo de la sociedad conyugal, no se debe deducir de ellos, como quando lo es, segun he sentado en el cap. 3. del lib. 1. de este tratado. Sin que obste el alegar, que los gastos fu-

(1) Ley 1. §. fin. ff. ad leg. Falcid ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inofficios. testam. ley Si quis sepulchrum, §. fin. ff. de Religios. & sumptib. funer. Com en la 30. de Toro. Matienz. en la final tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 1. Cutier. lib. 2. Pract. quæst. 70. y 72. n. 6 Sr. Covar. in cap. Raynaldus de Testament. §. 3. n. 2. vers. Sed, & eadem.

(2) Leyes Et si quis 14. In eum 16. y Celsus scribit 22. ff. de Religios. & sumptib. funerum.

funerarios son preferidos à todas las deudas que el difunto contraxo mientras vivió, y que por esto con razon superior se deben baxar de los gananciales, por gozar de mayor prerrogativa: pues esto se entiende, quando no tiene bienes suficientes propios para reintegrar à todos sus acreedores, y disputan sobre prelacion; en cuyo caso por la necesidad que interviene, se gradúan por el tiempo, y por el privilegio, mas no en el presente caso, en que se trata de perjuicio de tercero, que no es deudor, ni está obligado, y el que lo es, tiene bienes superabundantes no solo para costear los referidos gastos, sino para heredar, pues se debe atender à que no sea perjudicado, y à que cada uno satisfaga lo que legitimamente debe. Lo que tendrá presente el Contador, pues muchos ignorantes practícan lo contrario; y en el modo de hacer ésta, y otras deducciones, causan imponderables perjuicios à los partícipes.

34 Si la herencia fuere tan corta, ò de tan poco valor, que no alcance su quinto para los precisos, è indispensables gastos funerarios, los pagarán los herederos legitimos de sus legitimas, y no el superstite, por ser preferidos à éstas, à la mejora, y à todas las deudas del difunto: en cuyo caso serán ineficaces enteramente los legados que haya hecho à extraños, mas no la mejora del tercio dexada à alguno de sus descendientes, pues pagará éste tambien à proporcion de su haber lo que falte para complemento de dichos gastos. Y la cuenta se hace separando el importe del quinto, y baxando el exceso de ellos del globo del residuo de la herencia, y de lo que quede deduciendo la mejora, y luego partiendo el remanente como legitimas entre los herederos, con lo qual satisface cada uno à prorrata el exceso de los gastos del quinto. O baxandolos todos del cuerpo del caudal liquido del difunto,

y

y con esto hay menos cuentas, y numeros que hacer.

35 Legando el testador en testamento, ò en otra postrimera voluntad dos quintos à dos hijos, ò descendientes suyos, valdrán, pues por la diversidad de legados se multiplica la disposicion. (1) En cuyo caso parece que los gastos funerarios se deducirán del segundo quinto con los legados, porque el nombrado primero se conceptúa mas predilecto, y como tal el quinto que le legó se ha de graduar por parte de tercio, (2) pues vale el argumento del orden de las palabras. (3)

36 Pero no obstante, lo cierto es, que de ambos quintos se deberán deducir los gastos funerarios, Misas, y legados por mitad, en quanto quepan, y no excedan de la quinta parte liquida del caudal del testador, porque el afecto del padre para con sus hijos es igual: (4) y asi siempre se presume que quiso guardar igualdad entre ellos: (5) y en duda la condicion puesta al uno, se entiende repetida en la persona del otro; (6) por lo que, y por haberles dexado en una misma disposicion igual porcion, es visto haber querido que sufriesen igualmente el gravamen. Lo propio milita quando en un contrato entre vivos les dona los dos quintos, pues versa identica razon, y asi debe obrar la misma legal disposicion. (7)

Te-

(1) Ley Quinquaginta, ff. de Probation. Bart. in leg. Re conjuncti col. 3. & ibi. Jason col. 19.

(2) Ley Publius, ff. de Conditionib. & demonstration. Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommis. Socin. consil. 21. n. 19. vol. 1. Paul. de Castr. consil. 121. vol. 1. Cravet consil. 161. n. 5.

(3) Ley Nec enim, ff. de Solutionib.

(4) Ley Isti quidem, ff. Quod metus causa, y ley final, Cod. de Curator. furios.

(5) Ley Pater, §. Evictis, & ibi. Bald. ff. de Legat. 2. y ley final, Cod. Communia utriusque jud.

(6) Ruin. consil. 133. n. 19. vol. 2.

(7) Ley A Titio, ff. de Verbor. obligation. Morquech. lib. 3. cap. 9. n. 17. al 25. lib. 3. de Division.

37 Teniendo el testador descendientes legitimos, si lega el usufructo del quinto à su muger, ò à otro extraño, y à sus descendientes la propiedad de los bienes que lo importan, pagarán estos los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados especificos que hizo, y no el usufructuario del quinto. Y la razon es, porque como su usufructo no equivale à la propiedad, si grava al usufructuario con la sasisfaccion de ellos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado como el testador quiso, será perjudicado. (1)

38 Instituyendo por herederos el testador à sus hermanos, à causa de carecer de legitimos, dexando el quinto de sus bienes à un hijo natural, ò espurio, haciendo algunos legados, y mandando que los paguen sus herederos, ò no disponiendo cosa alguna acerca de ellos, ni de su funeral, parece que se deben deducir del quinto los legados, y gastos funerarios, segun la ley 30. de Toro. Pero no obstante, siendo genericos los legados, los deberán satisfacer los herederos, y no el hijo legatario del quinto; pues dicha ley se entiende, segun queda sentado, quando los herederos son descendientes legitimos, en cuyo perjuicio no puede el testador disponer de mas que del quinto, porque el residuo es legitima de estos: mas no quando no lo son, pues el hijo natural es capáz de heredarlo todo, queriendo dexarselo el testador, segun la ley 10. de Toro, y la final, *Cod. de Natural. liber.* y de justicia se le deben los alimentos: y solo se deducirán de él los legados especificos, porque estos en quanto à su importe derogan el general del quinto; y los genericos, y gastos funerarios, y Misas serán de cuenta de los herederos. Previniendo, que las deudas del testador se han de baxar an-

(1) Bayo Prax. Eccles. & Secular. part. 3. lib. 2. quæst. 21.

ante todas cósas del cuerpo de su caudal, porque hasta que se deduce, y separa su total importe, no hay herencia, legados, ni quinto, excepto que en este caso mande lo contrario, (1) si tiene para pagar, y heredar, pues entonces será visto que quiere que el quinto sea mayor, y que del residuo del caudal paguen los herederos sus deudas, y su herencia sea menor.

39 Si el padre condenado en vida por sentencia à dar alimentos à un hijo natural mientras viviese, dexase hijos legitimos, y à uno de estos, ò à un extraño legase el quinto, ò dispusiese de él por su alma, parece que del cuerpo de su caudal se deben deducir los annuales alimentos, ya sean los necesarios, ò la cantidad asignada por la sentencia, por ser deuda contra la herencia. Pero sin embargo, debe pagarlos el legatario del quinto, y de él se deben deducir asi los dados al hijo en vida de su padre, como los que se le den despues de muerto: y la razon es, porque todo lo demás es legitima de los hijos legitimos, la qual no debe ser gravada, como à deducirse del cuerpo de caudal, lo sería; pues aunque el padre contraxo esta obligacion en vida, como la condenacion, ò sentencia no muda la causa del debito, mirado su origen, que es la de alimentos, (2) y el hijo natural habiendolos legitimos, debe ser alimentado del quinto, y no de las legitimas de estos, ni tiene derecho à mas, segun las leyes 9. y 10. de Toro: por eso se ha de atender à la causa que motiva su deduccion, que son los alimentos. (3)

40 Haciendo el padre donacion de un quinto por contra-

(1) Bart. Paul. & DD. in leg. Si quis servum, §. fin. y leg. Cum autem pars bonorum, ff. de Legat. 2. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 6.

(2) Ley Denique 3. §. Scio 2. ff. de Minorib.

(3) Ayor. dicha part. 2. quæst. 14. n. 15. y 16.

trato entre vivos irrevocable à un hijo, y de otro en ultima disposicion à otro hijo, parece que de éste se deben deducir los legados, Misas, y gastos funerarios, segun afirma *Ayor. part.* 2. *quæst.* 9. aunque el padre mande que del donado inter vivos se deduzcan: fundandose en que el donante no puede imponer condicion en la donacion pura, è irrevocable que hizo entre vivos, ni gravamen al donatario sin su consentimiento: que quando pudo fue al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto, atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual asi como lo donó à su descendiente, pudo haberle donado el quarto, tercio, ò sexto: y que de entenderse en otros terminos, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar, y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su testamento, como mas propio, regular, y adequado, testando en uso de ella del segundo quinto unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes legitimos, le concede la ley 28. de Toro, del qual manda la 30. se deduzcan. A cuyo dictamen se adhieren *Gutier. lib.* 5. *Pract. quæst.* 19. *y Acev. en la ley* 12. *n.* 3. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.*

41 De contrario sentir es *Morquech. de Division. bonor. lib.* 3. *cap.* 9. *ex n.* 3. *al* 15. y yo siguiendole, lo fui tambien en el cap. 1. de mi primera parte §. 5. n. 86. añadiendo, que los legados serían ineficaces. Pero mas bien reflexionado, me inclino al de Ayora en el caso propuesto, no por la razon de que el testador quedaria intestable, pues ésta no convence, porque aunque no haya mas que un quinto, y el testador lo entregue irrevocablemente en vida al legatario, siempre se revoca en quanto al

funeral, y demás cosas necesarias para su entierro, como el mismo Ayora sienta en la quest. 14. y no se llama intestable el que puede disponer de sus bienes, aunque sea solamente entre ciertas personas: (1) pero sí por las demás que expone, y porque por el hecho de hacer legados en su ultima disposicion, y no ignorar que habiendo descendientes, se deben deducir del quinto, y que el primero como irrevocable no se revoca sino en quanto al funeral, ni puede ser gravado en otra cosa despues de la tradicion de los bienes, ni tampoco que puede mejorar en el tercio à qualquiera de sus descendientes, es visto haber querido usar de la facultad que le concede la ley, y por consiguiente, que el primero fuese por parte de tercio, y el segundo por quinto verdadero. Lo qual se limíta en caso que quando hizo la donacion inter vivos, mandase que de su quinto se deduxese todo, como puede hacerlo, pues entonces se deducirá de él, y no del segundo, y éste se estimará por parte de tercio, y no como verdadero quinto.

42 Si el testador dispuso del quinto en donacion, ù otro contrato irrevocable à favor de hijo suyo, ò de extraño, ò hizo alguna donacion, que segun la ley 26. de Toro deba imputarse en el quinto, ¿se duda por falta de expresion de la ley de dónde se han de sacar los gastos necesarios de su funeral, entierro, y Misas, y los legados, si del quinto irrevocablemente donado, ò del cuerpo de la hacienda del donante? Y para la perfecta inteligencia presupongo dos casos: El primero, quando la cosa donada no fue entregada al donatario, en cuyo caso se deben baxar del quinto los gastos de su funeral; lo primero, porque

(1) Rodrig. Suar. en la ley Quoniam in prioribus, limitat. 10. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 6. n. 77.

que el donatario es acreedor: es asi que las impensas funerarias se prefieren segun Derecho à todo acreedor, por privilegiado que sea: (1) luego deben ser preferidos à éste. Y lo segundo, porque el difunto no dexó mas bienes, pues los que aparece haber dexado, no son suyos, sino legitima de sus hijos, la qual no puede ser gravada sino en el quinto; y una vez gravada en éste, no debe serlo en aquellas, ni en otra cosa. (2)

43 El segundo caso es, quando se le entregó el quinto, y entonces parece que las impensas funerarias se deberán deducir de los bienes del difunto, porque una vez que el quinto se ha donado irrevocablemente en vida, y entregado su importe al donatario, se hizo del patrimonio de éste, y no conserva ya el nombre, ni surte efecto de quinto: es asi que la donacion perfecta precedente por ninguna razon se puede revocar sin causa legal: (3) luego tampoco ésta, ni aun por las impensas funerarias, porque éstas se equipáran à los legados gratuitos, los quales es constante que no revocan la precedente donacion válida.

44 Pero sin embargo de esto, lo contrario es lo veridico: y asi se deben deducir del quinto, y no de los demás bienes las impensas referidas, al modo que quando no se entregó al donatario: Lo primero, porque la accion funeraria es de Derecho público, (4) pues resulta utilidad à la republica de que los cadaveres, aunque sean de los delinquentes, no queden sin sepultar, para evitar la corrupcion, y contagio. (5) Lo segundo, porque los pactos pri-

(1) Ley final, §. In computatione, Cod. de Jure deliberand. ley In eum, ley Neratius, y ley penult. ff. de Religios. & sumptib. funer. y leyes 12. tit. 13. Partid. 1. y 30. al fin tit. 13. Partid. 5.

(2) Teil. en la ley 30. de Toro n. 1.

(3) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo.

(4) Ley Neratius, ff. de Religios. & sumptib. funer.

(5) Ley Sunt personæ, ff. eod. tit. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 1. n. 11.

vados no pueden derogar, ni derogan el Derecho público, como lo dice la ley *Neratius*, ff. *de Religios. & sumptib. funer.* ibi: *Quia pacto hoc publicum jus infringi non possit.* De lo qual se sigue, que aquel à quien incumbe el cargo, y obligacion de sepultar, no se puede exonerar de él por el pacto privado. Es asi, que segun la ley 30. de Toro se deben sacar del quinto, y no del cuerpo de la hacienda los gastos referidos, aunque el testador mande lo contrario: (lo qual no sucedia por Derecho comun, (1) pues incumbia al heredero, y poseedor de los bienes) luego debe satisfacerlos el legatario del quinto, habiendo descendientes, ya se le legue en ultima disposicion, ò se le done, y entregue por contrato irrevocable, pues la ley no distingue. Lo tercero, porque los demás bienes son legitima de los hijos, la qual no puede ser gravada. Y lo quarto, porque el donatario posee los bienes con este gravamen que les impone la ley, en qualquiera parte que se hallen: (2) es asi que el acreedor por contrato oneroso lo sufre, pues su credito se posterga, ò pospone à estos gastos: luego con superior razon debe sufrirlo el que lo es por contrato lucrativo, pues el que pide por causa onerosa, revoca lo enagenado por la lucrativa, (3) y siendo vencido aquel, debe serlo tambien éste. (4)

45 Aunque este donatario, ò legatario extraño, à quien se entregó el quinto, esté obligado à la satisfaccion de los gastos funerarios, pueden ser compelidos de oficio del Juez, por algun motivo justo, los herederos extraños à suplirlos en el interin, para que no se dilate el dar sepultu-

(1) Ley Et si quis, §. fin. ff. de Religios. & sumptib. funer.
(2) Ley In eum, ff. eod. tit.
(3) Ley Quod autem 6. §. Simili modo 11. ff. Quæ in fraudem creditor.
(4) Angul. de Meliorat. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. glos. 3. ex n. 9. al 29.

tura al cadaver; (1) y si lo fueren, tienen accion à repetirlos luego de él. (2) Mas habiendolos hecho espontaneamente, sin preceder el apremio, no podrán repetirlos, porque es visto haberlos hecho por piedad, excepto que protesten su repeticion. (3)

46 Pero los herederos legitimos, sin embargo de que los suplan, sin ser compulsos, ni hacer protesta, podrán repetir los de él, pues en duda se presume haber hecho el suplemento con este animo: Lo primero, porque todas las veces que alguno posee bienes del que está obligado à expender, siempre es visto expender con animo de compensarse. (4) Y lo segundo, porque aunque el heredero que los expendió, no posea el quinto, por haberse entregado al donatario en vida, no se entiende expenderlos con el fin de donarlos, sino de repetirlos; por lo que no obstante la tradicion, se ha de graduar el quinto por los bienes que el testador dexa quando muere, al modo que la legitima, y de no recuperarlos, sería leso en ésta: y asi no es visto consentir en la lesion, excepto que expresamente lo declare, ni la solucion le quita el derecho que tiene à pedir el suplemento de aquella, para no ser perjudicado en su importe. (5)

47 Y por lo concerniente à las Misas, aniversarios, limosnas, legados, y demás que el testador haya mandado distribuir, ¿se duda, si teniendo descendientes legitimos se cumplirán, y por consiguiente si estará, ò no obliga-

(1) Ley Qui erat hæres 49. ff. Familiæ erciscund. & ibi. Bart.

(2) Arg. leg. Et si quis, y ley Sed si nondum 17. ff. de Religios. & sumptib. funer.

(3) Dicha ley Et si quis 14. §. Sed interdum 7. y ley 12. tit. 13. Partid. 1.

(4) Arg. leg. Nesennius, ff. de Negot. gest. y ley final, ff. de Hæreditatis petition.

(5) Ley Si quando 35. §. Et generaliter 2. Cod. de Inofficios. testament. Angul. en dicha ley 13. y glos. 3. n. 35. al 39.

gado à pagar su importe el donatario à quien donó irrevocablemente, y entregó el quinto en vida? Y parece que sí, respecto à que aun quando le haya entregado la posesion de los bienes, lo puede revocar, porque la irrevocacion de que en el caso de tradicion de posesion habla la ley 17. de Toro, se limíta expresamente al tercio, por no hacer mencion del quinto, y por otras razones que aducen algunos Autores, y en el cap. siguiente num. 81. expondré.

48 Pero no obstante, digo, que si precedió causa onerosa con tercero, y entrega de los bienes del quinto al donatario, no podrá el testador revocarlo, ni disponer de mas, que de lo correspondiente à su funeral moderado, Misas, y descargos de su conciencia, con lo qual no queda intestable: y en quanto à los legados, y demás cosas será ineficáz su voluntad: Lo primero, porque le obstan la donacion, y entrega, y la causa onerosa para hacerla. Lo segundo, porque los legados voluntarios, y donacion posterior no revocan la irrevocable inter vivos precedente, por estar consumida la potestad del donante, y no poder aumentar, ni disminuir lo hecho en perjuicio del donatario, à diferencia de los gastos expresados, en los quales siempre se entiende revocado el quinto, porque se interesa la pública utilidad, son preferidos à todos los creditos, y de lo contrario quedaria intestable. Lo tercero, porque le obsta tambien la legitima de los hijos, la qual no puede ser gravada en cosa alguna. (1) Y lo quarto, porque aunque es cierto que la ley 17. de Toro dice, que el mejorante puede hacer irrevocable el tercio, y dexa en silencio el quinto, pero no que éste no pueda ser tambien ir-re-

(1) Angul. en dicha ley 13. y glos. 2. glos. 3. n. 8. Matienz. en ella

revocable, ni lo excluye de la irrevocacion, ni prohibe al mejorante que pueda hacerlo, ni otra alguna tampoco: por lo que será irrevocable, excepto en los gastos enunciados, pues lo que la ley no prohibe, se entiende permitido, y que lo dexa à voluntad del contrayente, ò mejorante, y asi del silencio de la ley no se deduce imposibilidad, ni prohibicion de hacer irrevocable el quinto en la forma expuesta. Y si no intervino causa onerosa con tercero, podrá revocarlo en el todo.

49 Si el padre mejoró en el tercio, y quinto de sus bienes à un hijo, y despues edificó, ò compró una Capilla para su entierro, y el de su familia, y la dotó con renta, y cargo de que annual, y perpetuamente se celebrase en ella cierto numero de Misas, señalando, y aplicando bienes para esta renta, ¿ se duda, si dexando el padre descendientes legitimos, se han de deducir del quinto, ò del cuerpo de bienes los gastos de la Capilla, y carga de Misas? Y parece que todos deben salir del quinto, y por consiguiente cargarse al mejorado, porque es legado pio, y mira al entierro, y como impensa funeraria debe sacarse de él, segun la ley 30. de Toro. Mas no obstante, se debe distinguir: se sacarán del cuerpo de bienes los gastos que el padre hizo en edificar, ò comprar la Capilla, y sus ornamentos, si no están pagados, porque el padre puede enagenar todos sus bienes en vida por titulo oneroso, y consumirlos, aunque sus hijos lo resistan, y nada les quede que heredar, (1) y no está obligado à comprar cosa util, y fructifera que aumente su patrimonio, pues basta que sea honorifica: y solo podrán intentar su que-

(1) Glos. Cin. Bald. Paul. Salicet. y otros en la ley 1. cerca del fin, Cod. de Inofficios. donation. en la Non usque adeo, ff. Si apparente quis manumissus sit, y en la 1. §. Si quis, ff. Si quid in fraudem patron.

querrella en caso que la enagenacion haya sido por titulo lucrativo, porque de lo contrario se seguiria que tampoco podria comprar el oficio de Regidor, ni otro público que es honorifico, y ninguna utilidad produce, pues estos gastos no son funerarios. Pero la renta de la Capellania para la celebracion de Misas, se deducirá del quinto, porque éste es legado pio; y las expensas que en ello se hacen, tienen su tendencia al beneficio del alma, por lo que segun la ley 30. de Toro, se deben sacar del quinto. (1)

5o Legando el testador à su muger, ò à un hijo el quinto de sus bienes, y consignandoselo en cierto fundo que lo importaba, dice *Ayor. part.* 1. *cap.* 6. *n. fin.* que el legatario no llevará el fundo integro, ni todos los frutos que durante la proindivision de la herencia produxo, sino que se deben baxar primero de él los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados pios, y graciosos; y que el residuo será lo que se le aplique en el fundo, y à proporcion llevará los frutos que éste residuo haya producido, aunque el legatario del quinto quiera pagarlo todo de sus bienes. Cuya opinion me repugna en el caso de que pague de sus bienes los referidos gastos, porque el testador pudo señalarle el quinto; y habiendolo señalado, se le transfirió su dominio en el instante que falleció, desde el qual le tocan los frutos que produxo, por ser legado especifico, (2) como en su lugar diré; y asi me adhiero à su dictamen en el solo caso de que los herederos satisfagan de sus bienes los mencionados gastos; en cuyo caso se le aplicará el resto en el fundo, no pagandoselos el le-

(1) Ayor. de Partition. part. 3. quæst. 23.

(2) Ley A Titio, ff. de Furt. ley 1. Cod. communia de Legat. leyes 34. y 48. tit. 9. Partid. 6. y §. Nostra institut. de Legat.

legatario, y à proporcion llevará los frutos, ò pensiones, que durante la proindivision haya redituado, porque los herederos carecieron de su dinero en todo este tiempo, y no tuvieron obligacion de suplirlo por el legatario, por lo que será justo que se compensen.

§. III.

QUE PUEDE DEXAR EL TESTADOR à sus descendientes ilegitimos, ya tenga, ò no legitimos ascendientes, ò descendientes.

51 QUeda sentado en el §. 1. de este capitulo, que à los hijos, y demás descendientes legitimos se debe por todos derechos la legitima: paso à explicar si para con los ilegitimos versará la misma disposicion. Y para instruccion del Contador lego digo, que los hijos ilegitimos son de dos clases, à saber: *naturales, y espurios*: se llamaban naturales en lo antiguo los procreados por hombre, y muger solteros, que vivian juntos, y no tenian impedimento para contraer matrimonio, siendo la muger una sola. (1)

52 Pero hoy se dá este nombre à los hijos, cuyos padres al tiempo de su procreacion, y concepcion, ò al de su nacimiento, están habiles para contraer matrimonio sin dispensacion, ya vivan, ò no juntos en una misma casa, como si estuvieran casados, y la muger sea, ò no una

(1) Ley unica, Cod. de Concubin. Authent. Quibus modis naturales efficiunt. sui cap. 12. §. Si quis autem defunctus collat. 7. Authent. de Trient. & semisse cap. Consideremus collat. 3. Authent. Licet, Cod. de Naturalib. liber. y los tit. 13. y 14. Partid. 4.

una sola, con tal que si el padre no la tiene en su casa, los reconozca por sus hijos. Asi se prueba de la ley 11. de Toro, que es la 9. tit. 8. lib. 5. Recop. y dice: *Y porque no se pueda dudar quáles son hijos naturales, ordenamos, y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales quando al tiempo que nascieren, ò fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola. Cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.*

53 Por lo que si alguno tiene en su casa la concubina, y es unica, se presumen ser suyos los hijos que pára, aunque él no los reconozca por tales. (1) Si tiene fuera de su casa una concubina, con la qual se dice publicamente está distraido, y de ella nacen hijos, no se deben estimar por naturales para cosa alguna, excepto que su padre los reconozca. Y si siempre los reconoció, y tuvo por hijos, se reputarán por tales, y tambien si alguna vez los reconoció, aunque despues los haya negado, porque ya no puede ir contra su propio hecho. (2) Previniendo, que si procrea muchos hijos en una manceba, aunque no reconozca mas que uno, quedan legitimados por este reconocimiento los demás: y sin embargo de que ninguna mencion haga de ellos, le heredarán igualmente que el reconocido. (3) En quanto à los modos de hacer su legi-

(1) Cap. Per tuas de Probation. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 4. n. 7. Matienz. en la ley 9. glos. 4. n. 2. tit. 8. lib. 5. Recop. Acev. en ella n. 11. Dueñ. in Regul. 344. ampliatio 3. Gom. en la ley 11. de Toro n. 2. y 3.

(2) Matienz ibi. n. 1. Gom. ibi. vers. Ex quo notabiliter.

(3) Ley 7. tit. 15. Partid. 4. verb. Otrosi quando. Sr. Covar. de Matrimon. cap. 8. §. 7.

gitimacion, y reconocimiento, vease el cap. 12. de mi primera parte num. 11. al 13. Tomo 3.

54 Gozan los hijos naturales de la nobleza de sus padres, (1) à los quales estos teniendo hijos, ò descendientes legitimos, pueden mandar, ò legar solamente la quinta parte de sus bienes, sin que los tales hijos naturales puedan pretender, ni sean capaces de heredar mas en este caso con titulo de alimentos, ni otro, porque de ello los excluye la ley 10. de Toro, que es la 8. tit. 8. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Mandamos, que en caso que el padre, ò la madre sea obligado à dar alimentos à alguno de sus hijos ilegitimos en su vida, ò al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le puedan mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capáz el tal hijo ilegitimo.* Y la razon es, porque à los hijos naturales no se deben los alimentos *jure actionis*, como à los legitimos su legitima, sino *ex officio judicis*, atendida su necesidad: por lo que si tienen con que alimentarse, ni está obligado su padre à darselos, ni tienen derecho à pretenderlos.

55 Pero en este quinto no puede imponer el padre à sus hijos naturales el gravamen de restituirlo à otro, antes bien lo hacen suyo, y tienen facultad de disponer de él à su arbitrio, como prosiguiendo, lo dice dicha ley, ibi: *De la qual parte despues que la obiere el tal hijo, pueda en su vida, ò en su muerte facer lo que quisiere, ò por bien tuviere.* Lo qual se entiende, excepto que despues de deducidos sus alimentos sobre algo, pues en este caso, mediante no estar obligado à mas que à alimentarlos, si para esto no es necesario todo el quinto, puede imponerles qualquier

(1) Ley 1. tit. 11. Partid. 7. & ibi. glos. 4.

quier gravamen en el exceso, y aun privarles de éste. (1)

56 Careciendo el padre de descendientes legitimos, puede instituir por herederos de todos sus bienes à sus hijos naturales, aunque tenga padre, madre, ù otros ascendientes legitimos, como se prueba de la misma ley 10. de Toro, que en su segunda parte dice: *Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos, ò descendientes legitimos, mandamos, que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legitimos.* De suerte, que el hijo natural es heredero absoluto de su padre mediante su voluntad, y no en otra forma à falta de legitimos descendientes, y de justicia le debe dar alimentos en caso que no tenga para vivir. Y lo mismo puede hacer el padre, aunque tenga descendientes legitimos, si renuncian sin fraude su herencia, (2) porque para el caso lo mismo es no existir, que aunque existan, no poder, ò no querer succederle. (3)

57 Pero si en ultima disposicion los excluye expresamente de succeder en sus bienes, ò los exhereda, à nada tienen derecho, ni les compete remedio alguno contra su testamento, y voluntad, por no concederselo las leyes. (4) De lo qual se deduce, que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, la llevarán los ascen-

(1) Tello en la ley 10. de Toro n. 15. Matienz. en la 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 23. y glos. 3. n. 5. Lara in leg. Si quis à liberis, §. Idem rescripsit, ff. de Liber. agnoscend. n. 51. y sig.

(2) Ludovic. Roman. consil. 43. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Partid. 6. glos. 3. al fin. Matienz. en la ley 9. tit. y lib. dichos glos. 1. n. fin.

(3) Ley 1. §. Qui habebat, ff. de Bonor. posses. contra Tabul. & ibi. Bart.

(4) Glos. in leg. 1. ff. de Bonorum posses. contra Tabul. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Partid. 6. glos. 8. Gom. en la 10. de Toro n. 11. vers. Sed his non obstantibus. Sr. Covar. de Matrimon. part. 2. cap. 8. §. 4. n. fin. y lib. 4. Var. cap. 21. n. fin. Castill. en dicha ley 10. de Toro n. 46. vers. Et nota.

cendientes legitimos de éste, y no pasará à sus hijos naturales: y la razon es, porque la herencia no aceptada no se transmite al que por ser incapáz de transmision, y extraño de la succesion, no puede aceptarla, ni repudiarla. (1)

58 Y si su padre los preterîe, ò no se acuerda de ellos en su testamento, y están necesitados, tendrán derecho à los alimentos correspondientes, regulados por alvedrio de hombres buenos; y los herederos de su padre deberán darselos, segun se prueba de la ley 8. tit. 13. Partid. 6. que dice: *E si por aventura el padre non se acordase de tal fijo como éste, non dexandole ninguna cosa de lo suyo, estonce los herederos del son tenudos de le dar lo que fuere menester para su gobierno, è para su vestir, è calzar segun alvedrio de omes buenos, de manera, que lo puedan sofrir sin gran su daño.* Cuya ley no está corregida, ni derogada, y concuerda con la Autentica *Licet patri, Cod. de Naturalib. liber.* Por lo que se debe observar su precepto, sin embargo de que algunos que no las han visto, dicen lo contrario, equiparando equivocadamente al hijo natural con el bastardo, que es el de casado habido en soltera; y asi se executorió años pasados por el Consejo à favor de un hijo natural; pero estos alimentos no deberán exceder del quinto teniendo ascendientes el difunto, que es la quota à que su padre podia ser compelido, segun la ley 10. de Toso, en caso de estar obligado à alimentarle.

59 No solo puede el padre dexar à sus hijos naturales todos sus bienes en defecto de legitimos, sino tambien el abuelo paterno à sus nietos naturales hijos de hijo legiti-

(1) Bald. in leg. Siquis filium, §. Primo, ff. de Acquirend. hæreditat. & in leg. 1. Cod. de His qui ante apert. Tabul. Bart. in leg. Si avia, Cod. de Jure deliberand. Castill. ibi. n. 47. y 48.

timo, y à los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legitimos, v. g. visabuelos: y la razon es, porque si tiene potestad para dexarlos à los hijos en quienes se considera mas vicio, y causa obstativa, por la libiandad, y torpeza de sus padres: con superior razon à los nietos, en quienes no se contempla tanta; (1) por lo que si se los dexase, los llevarán, sin que nadie tenga accion à disputarselos.

6o Todo lo que queda expuesto en orden à la succesion de los hijos naturales para con su padre, y ascendientes paternos, milita, y há lugar en estos para con aquellos; por lo que en el mismo derecho, y parte en que los hijos, y nietos naturales succeden à su padre, y abuelo paterno ex testamento, y abintestato, succeden estos à aquellos, segun se prueba de la Autentica *Quibus modis naturales efficiuntur sui*, collat. 7. cap. 13. que dice: *In quibus autem casibus naturales filios vocabimus ad successionem: in iis quoque, & ipsi decentem naturalibus patribus devotionem servent: eademque mensura sicut parentes prospiciunt naturalibus filiis secundum nostram legem, & ipsi parentibus compenset, sive in successionibus, sive in alimentis, sicut superius sancibimus*, y de la ley 8. tit. 13. Partid. 6. que cerca del fin dice: *Otrosi decimos, que en aquella misma manera que el fijo natural puede, è debe heredar à su padre en los bienes de él, è aprovecharse de ellos, asi como sobre dicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, è ayudarse de ellos.* Pues asi como entre los padres, è hijos legitimos es reciproca la succesion, y causa de alimentos, del mismo modo debe ser entre los naturales. (2)

Si

(1) Ley final, Cod. de Naturalib. liber. Gom. en dicha ley 10. de Toro n. 7. Matienz. en la 9. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. fin.

(2) Gom. dicho n. 7. vers. Item adde. Gom. Arias en la ley 9. de Toro n. 7. Paleot. de Nothis, spuriisque filiis cap. 41. n. 3. al fin.

61 Si la madre carece de descendientes legitimos, debe instituir por herederos à sus hijos naturales, aunque tenga legitimos ascendientes; pero si los tiene, solo puede dexar en vida, y muerte à los naturales el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9. de Toro, que es la 7. de dicho tit. y lib. ibi: *Los hijos bastardos ilegitimos, de qualquier calidad que sean, no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijo, ò hijos, ò descendientes legitimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su alma, y no mas, ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legitimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legitimos, mandamos, que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tuviere naturales, ò espurios por su orden, y grado le sean herederos legitimos ex testamento, y abintestato.*

62 Y si muriendo la madre baxo de testamento, y careciendo de hijos, ò descendientes legitimos, ninguna mencion hace de los naturales, ò los deshereda injustamente, pueden subvertir, y romper su testamento del mismo modo que si fueran legitimos, aunque tengan legitimos ascendientes: Lo primero, porque está decidido expresamente en Derecho, y se prueba de la ley *Si suspecta* 29. §. 1. ff. *de Inofficios. testam.* que dice: *De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt*, lo que al contrario en el padre, como queda sentado en el n. 57. Lo segundo, porque asi como segun la ley inserta la succeden ex testamento, y abintestato, asi tambien deben succederla contra testamento por la pretericion, ò injusta exheredacion, mediante poder romperlo. Y lo tercero, porque respecto de su padre son llamados por Derecho en cierta parte, y porcion solamente, que es en lo que quie-

quiera dexarles, como lo dice la ley 10. en su segunda parte inserta en el n. 56. pero respecto de su madre simple, y absolutamente en todos sus bienes como sus legitimos herederos à falta de descendientes legitimos. (1)

63 Queda explicado con la mayor claridad, y distincion, que pueden heredar de sus padres los hijos naturales: paso à tratar con la misma de los espurios, y digo, que se llaman genericamente *hijos espurios* todos los demás ilegitimos, porque son procreados contra la pureza del Derecho natural, y divino, y contra razon natural, y se distinguen con varios nombres. A unos titúlan *adulterinos*, ò *notos*, y son propiamente los que procrean muger casada, y hombre que no es su marido, ya esté, ò no casado con otra, (à los quales la ley 9. de Toro llama tambien de *dañado*, *y punible ayuntamiento*, porque la madre por el adulterio incurre en pena de muerte natural) è impropiamente los que el casado procrea en muger viuda, ò soltera, que se nombra *barragana*, los que por otro nombre llaman *bastardos*, por no ser habidos en su propia muger, por lo que bastardéan, pues aunque él es casado, la madre no. Otros se llaman *nefarios*, y son los que procrean los ascendientes en sus descendientes, v. g. el padre en una hija, como sucedió à Loth de resultas de la salida de Sodoma en las suyas, de que nos instruyen las Sagradas Letras. Otros *incestuosos*, que son los habidos entre parientes transversales en grado prohibido, sin que precediese la debida dispensacion, sabiendo el impedimento: ò aunque lo ignoren, ò segun los Sagrados Canones no lo haya, si contraxeron matrimonio, que la Iglesia estima por clandestino, pues en este caso, sin embargo

(2) Com. en la ley 9. de Toro cap. 14. n. 7. n. 12. Roxas in Epitom. succesion.

go de que no lo haya, son ilegitimos, y el matrimonio es nulo, y por tal lo tiene declarado el Santo Concilio de Trento, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte §. 7. n. 139. al fin. Otros *sacrilegos*, que tambien llama la ley de *dañado ayuntamiento*, aunque no *punible*, y son los hijos de Clerigo ordenado *in Sacris*, Frayles, Freyles, y Monjas profesos, ya sea por coito, ò acceso de unos, y otros entre sí, ò con seglares. Y otros *mancéres*, *ò mancillados*, que por tales se reputan los que nacen de rameras públicas nobles, ò plebeyas, que se prostituyen à todo hombre, y por esto se ignora quién es su padre, por cuya razon son de peor condicion que todos los demás, y los que con propiedad se llaman *espurios*, como dice la ley. (1)

64 A ninguno de estos hijos está obligado civilmente el padre à dar alimentos, (2) por lo que tampoco ellos à él, y asi no se succeden ex testamento, ni abintestato, directa, ni obliqua, ò indirectamente: y la razon es en quanto à los hijos por ser nacidos de coito, ò acceso reprobado por Derecho: y por lo tocante à su padre, porque si à los hijos que no tienen culpa, se priva de la succesion, à causa del delito de éste cometido en su generacion, para contenerle, y refrenar su sensualidad: (3) con superior motivo se debe privar el padre como delinquente, porque toda

(1) Ley Si adulterium cum incestu, ff. de Adulter. Authent. de Incest. & nephar. nuptiis al princip. collat.2. Authent. Quibus modis naturales cap.ult. collat.7. Authent. Incestus, y Authent. Ex complexu, Cod. de Incest. nupt. ley Quim etiam, ff. de Ritu nuptiar. leyes 3. tit. 3. l. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Partid.4. y 11. tit.13. Partid. 6. y §. Ergo institut. de nuptiis, cap. Cum inhibeto 3. §. Si quis de Clandest. dispensation. Concil. Trident. ses. 24. cap. 1. de Reformation. matrimon. Sr. Covar. in 4. de Sponsalib. part.2. cap. 8. n. 3.

(2) Ley 5 tit. 19. Partid. 4.

(3) Ley final, Cod. de Natural. liber. vers. Filius enim.

da causa impeditiva tiene mayor vigor para impedir à la primera persona. que à las ulteriores; (1) bien que por Derecho natural, y equidad canonica les debe contribuir con los alimentos, pudiendo. (2) Pero la madre, y sus ascendientes tienen obligacion natural, y civil de criar, y alimentar à sus hijos ilegitimos, hallandose con posibilidad para ello: y la razon es, porque el padre es ignorado, y de la madre jamás se duda, por ser cierta, y conocida. (3)

65 De estos hijos, los que nacen de muger casada, ya sea, ò no consanguinea del adultero, no heredarán à sus madres ex testamento, ni abintestato, aunque carezcan de legitimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como prosiguiendo, lo dice la ley 9. de Toro, ibi: *Salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar à sus madres ex testamento, ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida, ò en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte despues que la obieren, puedan disponer en su vida, ò al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegitimos, como quisieren. Y queremos, y mandamos, que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.* Y de los siete casos en que la muger casa-

(1) Arg. Authent. Multo magis, Cod. de Sacrosanct. Eccles. ley Videamus, ff. Quod metus causa. Bald. in Authent. Licet, Cod. de Natural. liber. Bart. in leg. fin. ff. de His quæ ut indignis. Gom. en la ley 9. de Toro n. 44. y 45.

(2) Cap. Cum haberet 8. De eo, qui duxit in matrimonium, arg. leg. fin. Cod. de Naturalib. liberis, y ley 1. §. Jus naturale, ff. de Justit. & jur. Socin. consil. 161. vol. 2. vers. 4.

(3) Dicha ley 5. tit. 19. Partid. 4. verb. Mas los parientes, ley 11. tit. 13. Partid. 6. y ley Quia, ff. de In jus vocand.

sada incurre por el adulterio en pena de muerte natural, trata *Matienzo en la ley 7. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 11.* à quien podrá ver el Contador.

66 Los nacidos de hombre, y muger consanguineos, ya sean nefarios, ò incestuosos, (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada) heredarán à sus madres ex testamento, y abintestato en defecto de legitimos: Lo primero, porque por el acceso no incurre en pena de muerte. Y lo segundo, por la generalidad de dicha ley 9. de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegitimos de qualquier calidad que sean*:: y mas abaxo prosigue: *y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legitimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legitimos, mandamos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tuviere naturales, ò espurios por su orden, y grado le sean herederos legitimos ex testamento, y abintestato*: (1) bien que algunos (2) dicen lo contrario, fundados en la exclusion, que de los incestuosos hace la ley 11. tit. 13. Partid. 6. ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso*, y en la final tit. 18. Partid. 7. que impone pena de adulterio à los que sabiendo son parientes, cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y à la muger la de azotes, reclusion, y pérdida de su dote, y arras, excepto que se prostituya à su siervo. Pero yo me adhiero à la opinion de *Gomez*, porque à mas de la generalidad de la ley 9. de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que constituye à los hijos herederos de su madre, quando

(1) Gom. en dicha ley 9. de Toro n. 14. vers. Tertio infero.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley penult. tit. 13. Partid. 6. glos. 9. vers. Hodie per leges. Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 11. n. 1. y 2. Acev. en ella n. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9. de Toro glos. 2. n. 4. y glos. 8. n. 8. & ibi. Tello n. 6.

do por tenerlos no incurrió en pena de muerte; es asi que por el Derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio como el hombre, segun la ley penult. tit. 17. Partid. 7. luego aunque por la final del diez y ocho se la impone la de adulterio, no siendo como no es la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que ca da uno sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte, como el hombre. A su padre succederán ex testamento en el quinto como qualquiera extraño, mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse al tiempo que los procreó, ni ley alguna le obliga à alimentarlos, ni les concede derecho à sus bienes. (1)

67 Siendo hijos de hombre casado, y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos: pero como no se les impone pena de muerte, sin embargo de ser ayuntamiento dañado, parece podrán succeder à sus madres ex testamento, y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legitimos, segun la misma ley 9. de Toro, que asi lo ordena. A su padre, y parientes por esta linea dicen algunos (2) que solo ex testamento como qualquiera extraño. Pero otros (3) afirman que ni de un modo, ni de otro pueden succeder à su padre, sino en el quinto, ò alimentos, porque no son hijos naturales, à quienes pueda en defecto de legitimos de-

(1) Gom. ibi. vers. Patri vero.

(2) Matienz. en la ley 6. tit 8. lib. 5. glos. 4. n. 9. Gom. ibi. vers. Quarto infero. Soto de Justit. & jur. quæst. 5. artic. 1. vers. Itaque omnia sua bona. Palac. Rub. en la ley 9. de Toro n. 27.

(3) Avendañ. ibi. glos. 2. n. 24. Sr. Covar. in 4. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. n. 3. Perez en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Ordenam. Jul. Clar. lib. 3. Sentent. §. Testamentum quæst. 3. n. 3. Menchac. lib. 3. Controv. illustrium cap. 102. n. 7. Sr. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 13. Partid. 6. glos. 3. y otros que citan.

dexar sus bienes, sino espurios, por quanto al tiempo de su generacion, y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre. Y se fundan tambien en la ley 10. tit. 13. Partid. 6. que al principio dice: *Nascido seyendo alguno de fornicacion, ò de incesto, ò de adulterio, este à tal non puede ser llamado fijo natural, nin debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.* A lo qual me inclino, por no estar corregida en esta parte.

68 Los hijos de Clerigo ordenado *in Sacris* en nada deben succederle ex testamento, ni abintestato, ni tampoco haber de el, ni de sus parientes por esta linea cosa alguna por via de legado, y donacion, ni aun con titulo de venta que les haga, ni por consiguiente ser substituidos pupilarmente de otro hijo legitimo impubero, porque esta substitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de la ley 6. tit. 8. lib. 5. Recop. cuyo literal tenor dice: *Otrosi, por no dar ocasion que las mugeres, asi viudas como virgenes sean barraganas de Clerigos, si sus hijos heredasen los bienes de sus padres, ò sus parientes por privilegio, ò cartas que tuviesen, ordenamos, y mandamos, que los tales hijos de Clerigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres Clerigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan, ni puedan gozar de qualquier manda, ò donacion, ò vendida, que les sea hecha por los susodichos agora, ni de aqui adelante: y qualesquier privilegios, ò cartas que tengan ganadas, ò ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que nos asi ordenamos, mandamos que no les valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá nos las revocamos, y damos por ningunas.* Y aunque su padre diga en su ultima disposicion que les debe frutos, dinero, ù otra cosa, no están obligados sus herederos à entregarsela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, porque se pre-

presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar à sus herederos, y defraudar la ley; (1) cuya prohibicion no se amplía à los de Clerigo de menores, que goza Beneficio Eclesiastico, porque dexando, y perdiendo el Beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil à uno, ni à otro, como funda *Matienzo en la glos. fin. de la ley 7. tit. 8. lib. 5. Recop.* citando otros, y es lo seguro, y corriente. Pero el nieto de Clerigo *in Sacris* hijo legitimo, ò natural de su hijo espurio bien puede ser instituido (ya su padre viva, ò esté muerto) por el Clerigo su abuelo, no siendolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se entiende, ni estiende à los nietos. (2)

69 Y los de Monjas, Frayles, y Freyles profesos tampoco pueden heredar cosa alguna de ellos, como se prueba de la expresada la ley 9. de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la proxima inserta ordena acerca de los de Clerigos, y dice al fin: *Salvo si fueren los hijos de Clerigos, ò Frayles, ò Freyles, ò de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el Primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la succesion de los hijos de los Clerigos.* Es asi, que la mencionada ley excluye à los hijos de Clerigos de heredar, y haber cosa alguna de ellos, y de sus parientes abintestato, ex testamento, y por contrato, aunque sea oneroso: luego mandando se observe lo mismo con los de Frayles,

(1) Ley Qui testamentum 27. ff. de Probation. y ley 3. tit. 14. Partid. 3.

(2) Sr. Covar. dicho cap. 8. §. 5. n. 14. Cifuent. en la ley 9. de Toro n. 7. Gom. en ella n. 17. Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 24. Dueñ. regul. 366. limitat. 2. al fin.

les, Freyles, y Monjas profesas; tampoco deberán llevar cosa alguna de estos por las propias razones. (1) De modo, que los hijos ilegitimos, ò espurios en todos casos pueden heredar à sus madres, excepto en tres: El primero, si tienen hijos legitimos. El segundo, si la madre por tenerlos incurre en pena de muerte. Y el tercero, si son hijos de Monja profesa, con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dexar el quinto, pero en el tercero nada.

70 Si el Clerigo dexa à su nieto existente en la potestad de su padre espurio el usufructo de sus bienes, ¿se dificulta, si éste lo hará suyo, ò se adquiere para el nieto, ò por esto se irritará la disposicion? Y parece que esta no valdrá, estando el nieto baxo de la patria potestad, porque si su padre es incapáz de haberlo por su propia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra, como se prueba de la ley 2. §. 1. ff. *de Administrat. rerum ad civitat. pertinentium*, ibi: *Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet*, y de otras. (2) Lo que al contrario estando el hijo emancipado, porque puede adquirirlo todo para sí. (3)

71 Pero no obstante, la verdadera, y mas recibida sentencia es, que la institucion no se anula, ni el padre adquiere para sí el usufructo, antes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto, y presumirse que el testador asi lo quiso, y dispuso, para que fuese firme, y robusta, y no enfermase el acto, porque aunque por Derecho antiguo to-

(1) Gom. en dicha ley 9. n. 15. y 20. al fin. Tello en ella n. 36. Sr. Covar. ibi. n. 17.

(2) Ley Sed si plures, §. In adrogato, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley Non licet, ff. de Contrahend. emption. arg. ley 1. Cod. de Natural. liber. vers. Sive itaque.

(3) Ley Quæritur, ff. de Bonis libert.

todo quanto adquiria el hijo era para su padre, y nada podia quedar en él, aun quando quisiese el donante, ò testador, al modo que en el siervo; (1) pero hoy por Derecho nuevo, ò posterior se adquiere para el hijo la propiedad, y dominio de lo donado, y para el padre el usufructo solamente, à menos que lo prohiba el testador, ò donante: (2) por lo que no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tacita voluntad del testador. (3)

§. IV.

EN QUE BIENES SUCCEDERAN A SUS padres los hijos legitimados por el subsequente matrimonio, ò por el Principe, y los aprobados.

72 NO se conocia la legitimacion por Derecho natural antes del escrito, y de la constitucion del matrimonio, ni habia diferencia entre los hijos, que hoy distinguimos con los nombres de *legitimos*, *naturales*, y *espurios*: y asi todos eran legitimos, y aprobados, porque todo coito, ò acceso del varon con la hembra se permitia para la propagacion del genero humano, y era impune, como se prueba del cap. 1. vers. *Liceat igitur* de la Autentica *Quibus modis naturales efficiantur legitimi* col-

(1) Ley Placet, ff. de Acquirend. hæredit.

(2) Authent. Excipitur, Cod. de Bonis quæ liber.

(3) Paul. in leg. Gallus, §. Quid si is, ff. de Liber. & posthum. Bertrand. consil. 96. col. 1. lib. 3, Arias Pinel. in leg. 3. n. 22. al fin Cod. de Bon. matern. Gom. en la ley 9. de Toro n. 17. vers. Sed dubium. Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 25.

collat. 6. que dice: *Liceat igitur, (sicuti prædiximus patri) si legitimam non habeat sobolem, filios restituere naturæ, & antiquæ ingenuitati, si ex libera ei fiant, & suos de cætero, & sub potestate habère: neque enim à principio quando sola natura sanciebat hominis (antequam scripte provenirent leges) fuit quædam differentia naturalis, atque legitimi, sed antiquis parentibus, antiqui filii mox ut procedebant, fiebant legitimi*:: y de otros Textos. (1) Pero despues que la ambicion se quitó el disfráz, la sobervia se exaltó à lo sumo, la concupiscencia rompió los diques de la continencia, y todas tres con las demás pasiones, ò vicios capitales predominaron à los hombres, y estos transformados en brutos por sus execrables excesos, degeneraron del primitivo estado de la inocencia con que fueron criados, olvidando, y abandonando enteramente las virtudes morales impresas por el Soberano Supremo en sus almas; se constituyeron implacables enemigos de sí mismos, violando hasta las leyes de la humanidad, y naturaleza; se fomentaron discordias, pleytos, guerra, despotismo, y esclavitud, y todo se transtornó, y mudó de sistema, como lo insinúan la Autentica *Quibus modis naturales efficiuntur sui* collat. 7. cap. 1. vers. *Natura*, que dice: *Natura siquidem ab initio dum de filiorum procreatione sanciret, scriptis nondum positis legibus, omnes similiter quidem liberos, similiter autem produxit ingenuos. Primis namque parentibus primi filii similiter quidem liberi similiter autem legitimi à creatura fiebant, bella vero, & lites, atque libidines, & concupiscentiæ causam deposuerunt ad aliud schema.* Y otros textos, de tal suerte, que pa-

(1) Ley 1. §. Jus naturale, ff. de Justit. & jur. ley Vulgo concepti, ff. de Statu homin. §. 1. Institut. de Jure natural. gent. & civil, y cap. Jus naturale distinct. 1.

para que viviesen contenidos en los limítes de la razon, equidad, y justicia, y evitar su ultimo catastrofe, fue indispensable crear leyes, ponerlas por escrito, promulgarlas, y conservarlas, (que es el misero, y deplorable estado en que nos hallamos constituidos) y entre las establecidas fueron las de legitimacion de los hijos, de que paso à tratar.

73 Supuesto esto como inegable, è indubitado, digo, que la legitimacion es un remedio introducido por Derecho positivo, ò escrito, que remueve, y quita al hijo que no nació de matrimonio legitimo el impedimento que le priva de obtener, y gozar las prerrogativas concedidas à los legitimos, y le pone, y constituye en el estado de estos. (1) Prescindo de explicar qué personas pueden legitimar, y de la diferencia entre la legitimacion, y dispensacion, pues lo expliqué en el cap. 12. de mi primera parte §. 2. en donde lo puede ver el Contador, y con mas extension (si es latino) en el Sr. *Covar. de Matrimon. part.* 2. *cap.* 8. §§. 7. 8. 9. *y* 10. y en otros, en los que se instruirá con perfeccion, y aqui trataré solamente de la legitimacion en quanto tiene su tendencia à succeder los legitimados à sus padres, y parientes, que es lo concerniente à particiones, y por consiguiente à este §. la qual segun Derecho se puede hacer de dos maneras, que son: por el subsequente matrimonio, y por rescripto del Principe.

74 La legitimacion por el subsequente matrimonio se hace, contrayendolo el hombre, y muger libres, que antes de ser casados, y no teniendo obstaculo para ello, procrearon algun hijo, ò hijos: por cuya contraccion todos los procreados anteriormente quedan tan legitimados, como si despues de casados sus padres lo hubieran sido, sin

(1) Sr. Covar. de Matrimon. part. 2. cap. 8. §. 8.

sin diferencia alguna en quanto à succederles, ni en lo demás. Asi se prueba de la ley 1. cerca del fin. tit. 13. Partid. 4. que dice: *Cá maguer estos fijos à tales no son legitimos quando nascen, tan gran fuerza há el matrimonio, que luego que el padre, è la madre son casados, se facen por ende los hijos legitimos*: del capitulo *Tanta, qui filii sunt legitimi*, cuyo contexto es: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, per contractum matrimonii legitimi habeantur*, y de otros textos. (1) Y si sus padres los preteríen, ò sin causa justa exheredan, pueden romper su testamento hecho antes de la legitimacion, del mismo modo que si ésta hubiera precedido à su otorgamiento. (2)

75 Procede lo explicado en el numero inmediato, aunque se casen *in articulo mortis*, y por esta razon no haya esperanza de que procreen: pues no obstante, se estimarán por legitimos, y succederán à sus padres ex testamento, y abintestato, porque la prole no es de sustancia del matrimonio, quando falta por accidente, ò acaso. (3) Lo que es al contrario quando el impedimento es cierto, y perpetuo, v. g. en el decrepito, ò en el castrado, que están imposibilitados de engendrar, pues entonces

(1) Ley Cum quis, y ley Nuper, Cod. de Naturalib. liber. cap. 1. Qui filii sunt legitimi, §. final. institut. de Nupt. y Authent. Quibus modis naturales efficiuntur sui collat. 7. cap. 8. vers. Si quis igitur dotalia.

(2) Bald. in leg. Filius à patre, §. 1. ff. de Liber. & posthum. & in leg. Certum, & ibi. Immol. ff. de Injusto, rupto testam. Angel. consil. 77. Anchar. consil. 290. Socin. consil. 226. n. 5. lib. 2. y consil. 63. n. 19. lib. 3. Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 5.

(3) Cap. Commissum de Sponsalib. & ibi. Abb. & DD. cap. Nuptiarum, caus. 27. quæst. 1. ley fin. Cod. de Nuptiis Castillo en la 21. de Toro n. 25 y Cifuent. n. 15. Dueñas regul. 350. limitat. 1 Sr. Mohn. de Primogen. lib. 2. cap. 5. n. 25. y 26. Gom. en la 12. de Toro n. 56. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. glos. 3. n. 4.

tonces ni pueden casarse, ni aun quando se casen vale el matrimonio. (1)

76 Se limíta lo expuesto quando se contrae el matrimonio en fraude del substituto, ò fideicomisario llamados à la succesion en defecto de prole legitima, y consta del fraude verdadera, ò presuntivamente: pues entonces aunque vale el matrimonio, no será excluido el substituto. (2) Y lo propio milíta, si el que está *in articulo mortis*, ò decrepito, perdió el uso de sus potencias, de tal suerte, que no puede prestar su consentimiento para contraer el matrimonio, pues en dicho caso ni éste vale, ni los hijos se legitíman. (3)

77 Tambien se legitíman por el subsequente matrimonio los hijos, aunque su padre despues de habidos en su concubina, se case con otra muger, si muerta ésta lo contrae con aquella: porque el matrimonio se retrotrae, y los Derechos que establecieron la legitimacion no prescriben, ni exigen precisamente habilidad, y aptitud entre los contrayentes en el tiempo medio de nacer, y casarse, sino en sus extremos, que son: que quando procrean, puedan contraer matrimonio sin dispensacion, y que luego se verifique éste; por lo que los hijos naturales, ya nazcan antes, ò despues, siempre se legitíman por el posterior de sus padres. (4) Mi-

(1) Glos. in cap. 2. de Frigid. & ibi. DD. ley Si serva, §. Si spadoni, ff. de Jure dotium, & ibi. glos. Gom. ibi. vers. Sed advertendum.

(2) Sr. Molin. ibi. Tiraquel. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. verb. Susceperit n. 74. Gom. ibi. n. 57. y 58.

(3) Arg. cap. Tua de Sponsalib. Socin. in leg. Sed est quæsitum, ff. de Liber. & posthum. col. 1. al fin. Gom. ibi. n. 58. dicho vers. Secundo.

(4) Authent. Quibus modis naturales efficiantur legitimi, cap. Sit igitur 2. §. Si vero solummodo al fin. collat. 6. tit. 3 Gom. en dicha ley 12. n. 60. Abb. in cap. Tanta n. 3. Qui filii sunt legitimi. Joann. Andr. in Regul. Sine culpa n. 2. y 3. de Regul. jur. in 6. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 6. n. 20.

78 Milita, y se entiende lo referido para con el Clerigo ordenado de menores, que goza Beneficio Eclesiastico, si contrae matrimonio con su concubina, en la qual tuvo hijos, pues los procreados antes de casarse con ella, se legitiman por el subsequente, y el Clerigo pierde el Beneficio; (1) y se amplía, y há lugar aun en el caso de que concurran en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto, y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio: (2) porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son el de la generacion, ò concepcion del hijo, ò el de su nacimiento, estén libres sus padres de impedimento canonico para contraerlo segun la ley 11. de Toro; aunque quando fue engendrado interviniesen el incesto, y adulterio de sus padres, si quando nació habia muerto el marido de su madre, ò la muger de su padre, estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ambos impedimentos; y asi nació en tiempo habil, para que sea reputado por hijo legitimo de legitimo matrimonio. Y si no obstante estar obtenida la dispensacion, no se habian casado, se legitimará por el subsequente, porque quando nació ya eran libres sus padres; y mediante la obtencion de la dispensacion anterior à su nacimiento se hallaban tan aptos para contraerlo, como si jamás hubiera habido impedimento alguno entre ellos.

79 No solo milita, y procede lo expuesto para con los hijos, sino tambien para con los nietos; por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en una concubina, y és-

(1) Sr. Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 2. n. 5. Suar. Commun. opinion. verb. Clerici n. 107. Sr Greg. Lop. en la ley 1. tit. 13. Partid. 4. glos. 9.

(2) Vasquio de Succession. part. 1. lib. 3. §. 22. limitat. 18. n. 51. Bursar. consil. 10. lib. 1. n. 10. vers. Insuper. Morquech. lib. y cap. dichos n. 24.

éste otro hijo legitimo, y natural, que no puede succeder abintestato à su abuelo, (1) porque para con éste no concurren en él los derechos, y prerrogativas de la legitimidad, y despues de muerto el hijo natural, se casa el abuelo con su concubina, se legitimará el nieto para con su abuelo, casado ya con su abuela madre de su padre, del mismo modo que si antes de fallecer éste se hubiera casado con ella, y como legitimo le succederá en todos sus bienes libres. (2)

8o La legitimacion por rescripto del Principe, es, quando el Soberano à deprecacion del padre legitíma à su hijo, para que sea habido como de legitimo matrimonio: en cuyo caso, si el padre dexa hijos, ò descendientes de legitimo matrimonio, nacidos antes, ò despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado por rescripto si no en el quinto de sus bienes, si quisiere dexarselo, y no de otra suerte. Y lo propio milita aunque ningun hijo tenga procreado, ò nacido constante matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsequente, pues este es verdaderamente legitimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto, que se reputa extraño en competencia de los otros, segun se prueba de la ley 12. de Toro, que es la 10. tit. 8. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Si alguno fuere legitimado por rescripto, ò privilegio nuestro, ò de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, ò madres, ò de sus abuelos, y despues su padre, ò madre, ò abuelos ovieren algun hijo, ò nieto, ò descendien-*

(1) Ley final, Cod. de Naturalib. liber.

(2) Gom. en la ley 12. de Toro n.62. vers. Sed his non obstantibus. Sr. Covar. de Sponsalibus part. 2. cap. 8. §. 2. n. 18. Matienz. en dicha ley 10. tit.8. glos. 3. n. 5. y glos. 4. y 5.

diente legitimo, ò de legitimo matrimonio nascido, ò legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, ò descendientes legitimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex testamento; salvo si sus padres, ò madres, ò abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que podian mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas.

81 Lo qual se entiende, excepto que el Principe diga expresamente en su rescripto, *que succeda el legitimado con los hijos legitimos sin diferencia, ya estén nacidos antes de la legitimacion, ò nazcan despues*: pues en este caso succederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el Soberano de cierta ciencia, y plenitud de potestad, ò poder absoluto puede habilitarle y disminuir la legitima de los legitimos. Pero si el rescripto carece de la referida clausula, no concurrira con estos à la succesion, ni les irrogará detrimento alguno, porque se presume que el Principe no quiso perjudicarlos, y que à saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegitimo, à lo menos para succederle. (1)

82 No habiendo hijos legitimos, ò legitimados por el subsiguiente matrimonio, puede el natural legitimado por rescripto, ò el espurio por *dispensacion* (pues para con este se llama asi, y no *legitimacion*) heredar à su padre, y éste instituirle por heredero, aunque tenga padre,

ù

(1) Paul. de Castr. in leg. Gallus, §. Et quid si tantum n. 16. & ibi. Arctin. n. 26. y Jason n. 79. Hostiens. in cap. Tanta, col. 2. Qui filii sunt legitimi. Tello en la 12. de Toro n. 3. y 4. Matienz. en la 10. cit. glos. 2. n. 2. 3. y 4. Gom. en dicha ley 12. n. 67. vers. Si vero sunt.

ù otros ascendientes legitimos, ò parientes (1) por que se reputa, y en todo, y por todo es habido en este caso como verdaderamente legitimo para succeder ex testamento, y abintestato, y para los demás efectos de la legitimidad; por lo que si fuere preterido, puede decir de nulidad del testamento: y si exheredado sin causa justa, quexarse, y usar de todos los remedios concedidos à los legitimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que lo otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado. (2)

83 Pero si la legitimacion se coharta, y limíta à succeder ex testamento, ò sin perjuicio de los descendientes, ò ascendientes: ò en aquello que quisiere el padre del legitimado: ò quando se dispensa con los espurios, nada obra contra la voluntad del padre, por lo que contra ella no le succederán. (3) Y si se hace sin perjuicio de los que deben succeder abintestato, succederá solamente ex testamento el legitimado, no habiendo legitimos; y abintestato no excluirá à otros, que al fisco, y viuda del difunto. (4) Previniendo, que si la legitimacion falta, y es de ningun momento, pertenece la herencia à los here-

de-

(1) Ley Cum quis al fin. Cod. de Natural. liber. Perez en la 22. tit. 3. lib. 1. Ordenam. col. 163. cerca del fin. Cifuent. en la 12. de Toro n. 2. Montalv. en la 17. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Decio consil. 258. n. 5. Bald. in cap. de Causis n. 34. de Officio Delegat. Matienz. en dicha ley, y glos. n. 1.

(2) Jason in Rubr. de Liber. & posthum. col. 2. y 3. Rip. in leg. Si unquam in Rubric. n. 86. Cod. de Revocand. donation. & ibi. Tiraquel. n. 63. Dueñ. regul. 350. Gom. en dicha ley 12. n. 66. Matienz. en dicha ley 10. glos. 7. n. fin.

(3) Alex. consil. 30. n. 5. lib. 4. y consil. 189. al fin. lib. 5. Alciat. in Rubr. de Liber. & posthum. col. 4. & ibi. Socin. n. 12. y Jason n. 14. Paul. consil. 200. n. 1. al fin. lib. 2. Rip. in leg. Inter cætera n. 47. y 48. ff. de Liber. & posthum. Morquech de Divis. lib. 4. cap. 6. n. 50. Matienz. ibi. glos. 1. n. 6.

(4) Riminald. consil. 446. n. 45. al 47.

deros abintestato, los quales deberán entregar los legados, y no recaerá en el fisco. (1)

84 Aunque teniendo hijos legitimos los padres, no pueden succederles los legitimados por rescripto, si son naturales, sino en el quinto, no obstante, no diferirán de aquellos en la nobleza, y demás honores civiles que competen à los legitimos, ni tampoco en succeder ex testamento, y abintestato à los parientes, como verdaderos legitimos; y asi gozarán de aquellos, y heredarán à estos, segun lo dice dicha ley 12. de Toro en su segunda parte, ibi: *Pero en todas las otras cosas, asi en succeder à los parientes, como en honras, y preeminencias que hán los hijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legitimo matrimonio.* Lo qual no se entiende con los espurios en estos Reynos de Castilla en quanto à la nobleza, y preeminencias, excepto que el rescripto lo especifique. (2)

85 Al modo que entre los padres, y sus hijos naturales, y demás ilegitimos no estando legitimados, es reciproca la succesion ex testamento, y abintestato, segun expuse en el num. 55. y diré en el cap. 7. de este libro num. 25. del mismo modo si el hijo es legitimado à *jure, vel ab homine*, succede à su padre, y éste à él, por ser reciproca en este caso igualmente que en el otro. (3) El que apetezca mayor instruccion en esta materia de legitimaciones, vea al *Señor Covarr.* en el lugar citado, à *Te-*

(1) Baldo in lege Hæreditas, Cod. de His quibus ut indignis. Paul. in leg. Eam, quam, & ibi. Jason, Cod. de Fideicommis. Decio consil. 288. n. 4.

(2) Avend. in Dictionar. verb. Hijos legitimos. Perez en la ley 1. tit. 1. lib. 4. Ordenam. col. 1328. Matienz. en dicha ley 10. tit. 8. glos. penult. n. fin.

(3) Paleot. de Nothis, & spuriis quæst. 39. Teil. en la ley 6. de Toro n. 13. Roxas de Succes. abintestat. cap. 30. n. 38. Morquech. lib. 4. y cap. 6. dichos, n. 63.

Tello en la ley 12. *de Toro ex n.* 24. y à *Matienzo en la* 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* y saciará su deseo, pues para el Contador lego basta lo explicado.

86 Los hijos adoptados, ò prohijados por sus ascendientes les succeden como los legitimos, en caso que los adoptantes carezcan de ascendientes, y de hijos, ò descendientes legitimos; pero si tuvieren ascendientes, que por Derecho à no haber intervenido la adopcion, les heredarian abintestato, les succederán, y no los adoptados. (1) Lo mismo procede con los extraños adoptados, los quales heredarán solamente abintestato al adoptante en defecto de legitimos, mas no à sus consanguineos, ni contra su testamento. (2) De las personas que pueden, ò no prohijar, cómo, y de quántas maneras se hace la prohijacion, vease el cap. 12. de mi primera parte.

87 Los arrogados, ò prohijados por via de arrogacion succederán al prohijante ex testamento, y abintestato, si careciere de legitimos, à menos que el Principe ordene en su rescripto que succedan con estos, pues entonces le succederán. (3) Y si el arrogador echa de su poder al arrogado, está obligado à darle, ò dexarle la quarta parte de sus bienes; (4) excepto que tenga descendientes legitimos, pues en este caso se limitará al quinto por via de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar à los legitimos, aun quando tiene obligacion de alimentar à los que no lo son. (5) CA-

(1) Ley ultim. al fin. tit. 16. Partit. 4. & ibi. glos fin. Aceved. en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 64.

(2) Ley 8. verb. E lo que diximos, & ibi. glos. 5. y leyes 9. y final, & ibi. glos. 3. tit. 16. Partid. 4. Morquech. ibi. n. 69. y 70.

(3) Dicha ley 8. & ibi. glos. 2. tit. 16. Partid. 4. y glos. de la ley 9. sig. y glos. fin. de la ultim. tit. 15. Partid. cit.

(4) Ley Si arrogator, ff. de Adoption. y dicha ley 8. tit. 16. Partid. 4.

(5) Leyes 10. y 28. de Toro. Señor Greg. Lop. en dicha ley 8. glos. 2. y 5. Morquech. lib. 4. y cap. 6. dichos, n. 71. y 72.

CAPITULO II.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES del testador entre sus legitimos descendientes quando mejoró à algunos de ellos ; y de la de los frutos de la mejora , y donacion.

SUMARIO.

§. I.

1. *LEgitima , ¿por qué se llama asi, quánta competia antiguamente , y compete hoy à los hijos legitimos?*

2. *No son legitima de todos los hijos el tercio , y quinto de los bienes libres de sus padres , pues pueden mejorar en su importe à los que quieran.*

3. *El tercio ha de ser solamente uno en vida , y muerte en todos casos.*

4. *La facultad de mejorar los padres à sus hijos legitimos ¿cómo se entiende?*

5. *¿Y cómo la de los descendientes en quanto al tercio para con sus ascendientes?*

6. 7. *Abuelos , ¿si podrán , ò no mejorar en el tercio , y quinto de sus bienes à sus nietos , viviendo sus hijos padres de estos , ò no teniendo mas que un hijo , y de él un nieto , ò mas?*

8. 9. 10. 11. *No teniendo el testador mas que un hijo, ¿si podrá , ò no mejorarle en el tercio , y gravarselo?*

12. *La muger casada à ningun hijo , ni descendiente*

puede mejorar por contrato entre vivos sin licencia de su marido.

13. 14. 15. *Los ascendientes ¿si podrán, ò no consignar la mejora, y cometer à otro la consignacion, y cómo debe ser hecha ésta?*

16. 17. 18. 19. *Hijos, ò herederos extraños no mejorados, ¿en qué bienes deben entregar al mejorado su mejora, ò al legatario su legado, ya haya hecho, ò no su consignacion el testador?*

20. *Si el testador lega anualmente cierta parte del usufructo de un fundo, puede el heredero vender el fundo, y entregar en dinero al legatario la cantidad anual respectiva à la locacion de la quota señalada de usufructo.*

21. 22. *Los ascendientes pueden vincular, y gravar el tercio, y quinto, mas no excluir à la hembra proxima por el transversal remoto.*

23. *El padre puede, y la madre debe llamar à sus hijos naturales, y espurios antes que à sus ascendientes.*

24. *Instituidos los hijos naturales, no pueden sus padres substituir à extraños, teniendo ascendientes.*

25. *Mejorando el padre à un hijo en el tercio, y quinto de sus bienes, è imponiendole el gravamen de restituirlo à cierto tiempo à otro hijo, ò descendiente; y haciendo despues simplemente* in articulo mortis *otro prelegado igual à otro hijo, removerá el gravamen de restitucion impuesto al primero el prelegado hecho al segundo.*

26. *Si el padre del testador le prelegó un fundo en fideicommiso con el gravamen de restituirlo à su hijo mayor, se debe adjudicar al nieto, y no imputarse al hijo en cuenta de su legitima.*

27. 28. *Habiendo dexado el testador un fundo à su nieto en fideicommiso para quando tuviese hijos, si antes de verificarse la condicion se dividieron los bienes de su padre, incluyendo en*

la

la division el fundo, y prometiendo todos haberla por firme, podrá pedirlo aunque intervenga juramento de no contravenirla, excepto en dos casos.

29. 30. 31. *¿De quántas maneras se puede hacer la mejora, y quándo se entiende hecha tacitamente?*

32. *Por la preterición, ò injusta exheredacion de algunos hijos se entienden mejorados los que no fueron preteridos, ni exheredados.*

33. al 36. *Haciendo el padre à su hijo algun legado en ultima voluntad, è instituyendole por su heredero con los demás, ¿si este legado se imputará en parte de legitima, ò mejora, y en el tercio, y quinto, ò en el tercio?*

37. *Diciendo el padre en su testamento haber dado à un hijo suyo, ò quitadole éste cierta cantidad, y negandolo el hijo, ¿si valdrá su dicho, y se entenderán mejorados los demás, ya los haya mejorado, ò no expresamente?*

38. *Si mejora à dos hijos en cierta cantidad, que dice le quitó otro hijo, y no consta por otro medio esta asercion paterna, vale la mejora.*

39. *Donando simplemente, y entregando en vida el padre à un hijo algun fundo, ¿si se contemplará mejorado tacitamente en él, cómo se ha de deducir, y à qué se ha de atender para su deduccion?*

40. 41. *¿Y si esta mejora se imputará en el tercio, ò en el quinto; y de quál se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance à completar el de ambos?*

42. 43. 44. *Muriendo el hijo antes que su padre, sin dexar hijos; y habiendo vendido, y entregado en vida el referido fundo al comprador, ¿si podrán los coherederos reivindicarlo de éste en la parte en que su valor excedió à la legitima, y mejora?*

45. *Estando poseyendo el padre, ò madre alguna finca con el gravamen de restituir-*

tuirla à alguno de sus hijos despues de su muerte, si mejoró al uno de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes, sin hacer la restitucion, ni mencion de la finca, nada de ésta llevará el mejorado como tal, sino igualmente como los demás herederos.

46. al 49. *Quando hay mejora de tercio, y quinto hecha en un mismo instrumento, ò en dos, y los mejorados son dos, ò mas, se ha de deducir primero el quinto, excepto en dos casos.*

50. *Para la deduccion del tercio se ha de tener consideracion al valor de los bienes que el mejorante tiene quando muere, y no al que tenian quando hizo la mejora.*

51. *Lo propio milita en qualquiera donacion de cosa, ò cantidad.*

52. 53. *Mejorando el padre por ultima disposicion à un hijo, ò descendiente en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, ¿quál se ha de baxar primero, y cómo se han de deducir los gastos de su entierro, Misas, y legados, en caso que el valor del quinto los supere?*

54. *Si el padre mejoró en ultima voluntad à un descendiente en el tercio de sus bienes, mandó que de él pagase los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, y no dispuso del quinto, ¿qué deberá satisfacer de ellos?*

55. *¿Y qué, si mejoró à uno en el tercio, y à otro en el quinto, y mandó que el mejorado en aquel los satisfaciese, ò que para ellos entregase à éste la mitad de su importe?*

§. II.

56. *PUeden revocar los padres hasta su muerte la mejora del tercio hecha à sus descendientes legitimos, aunque les entreguen la posesion de los bienes que la importen, si la hicieron en ultima voluntad.*

57. *Por mejorar el padre por testamento en el tercio*

cio de sus bienes à un descendiente, y despues en codicilo à otro, no se entiende excluido de la mejora el primero, antes bien concurrirán ambos.

58. *Ni si en el propio testamento, ò en otro acto incontinenti celebrado hiciere la mejora con separacion à sus hijos.*

59. *Mejorando el padre à un hijo en cierta suma que tiene en parte determinada, si con ella compra despues un fundo, y lo vende, se contempla revocada la mejora excepto en un caso.*

60. *Y si por parte de la mejora le consigna ciertas deudas que tiene à su favor, y despues las cobra, y deposita, ò con su importe compra alguna cosa que existe en su poder, no hay revocacion.*

61. *Si mejora à un hijo en testamento, y despues en codicilo le lega un fundo, y manda que se contente con éste, se presume revocada la mejora, mas no si en el mismo testamento se lo lega.*

62. *Si despues de haberle mejorado, ò legado el fundo, lo hipotecó à cierta suma que sobre él tomó, no se contempla revocado el legado, excepto en un caso.*

63. *Por la enagenacion de la cosa legada se presume revocada la mejora, ò legado, excepto en un caso; pero no por la promesa de venderla.*

64. *¿De quántas maneras se puede hacer la revocacion?*

65. al 68. *¿Y de quántas constituir la mejora; y quándo se entiende revocada, y se induce, ò no su revocacion por la enagenacion necesaria, ò voluntaria de las cosas que la importan?*

69. *Legando el padre à un hijo parte de la albaja que habia legado à otro, no se revoca todo el legado. Y si despues dona à otro hijo el tercio, y quinto, se entiende baxada de estos la albaja legada.*

70. *Si el padre enagena voluntariamente el fundo en que habia mejorado à su hijo,*

jo, y despues lo redime, ò compra, convalece la mejora, existiendo à su muerte en su patrimonio.

71. *No sucede esto entre personas entre quienes no se puede considerar aficcion, excepto que lo venda con el pacto de* retrovendendo.

72. 73. *Habiendo mejorado el padre à un hijo en el tercio de sus bienes, ò hechole algun legado para en el caso de que se casase con cierta muger; y fallecido ésta antes de verificarse el matrimonio, ¿si se conceptuará, ò no revocado el legado, ò mejora?*

74. *Si el padre mejora à alguno de sus hijos con consignacion en cosa cierta, y la vende, y compra otra, se entiende subrrogada ésta en su lugar. Y si lo mejora en cosas ciertas, y à mas de ellas en otra agena, que piensa comprar, con la condicion de* si fuere suya al tiempo de su muerte, *y luego la compra, y entrega al mejorado, se entiende tocar à la mejora.*

75. *Expresando el testador que quiere guardar igualdad entre sus herederos, se entiende revocada la mejora anterior por la posterior hecha con dicha expresion.*

76. *Si despues de hecha la mejora intervino enemistad entre padre, è hijo, se presume revocada; y lo propio sucede entre marido, y muger con el legado.*

77. *En la mejora revocable hecha entre vivos procede lo mismo que en la formalizada en ultima voluntad.*

78. 79. *La mejora revocable hecha por el padre à uno de sus hijos, no se revoca por el posterior nacimiento de otros.*

80. *Los ascendientes pueden hacer irrevocable la mejora del tercio en contrato, y lo será, excepto en quatro casos.*

81. *Ascendientes, ¿si podrán, ò no hacer irrevocable la mejora del quinto, al modo que la del tercio?*

82. 83. *Habiendo entre-*

ga-

gado el padre, ò la madre à un hijo la posesion de la mejora respectiva à los bienes que la completaban, ò limitada solamente à los presentes, y adquirido despues otros muchos, ¿si será revocable, ò extensiva à los adquiridos posteriormente?

84. *¿Por qué acto se elevará à donacion inter vivos la mejora hecha en ultima voluntad?*

85. *Si el padre mejora à un hijo en el tercio de sus bienes, y se lo consigna en cierta cosa, que no equivale à su importe, no se suplirá de los demás del mejorante.*

86. *Aunque la mejora se haga simplemente sin expresar si en el tercio, ò quinto, no se viciará por la incertidumbre de la quota.*

87. 88. *En contrato entre vivos no pueden ser mejoradas las hijas por razon de dote, ni casamiento.*

89. 90. *Pero sí en ultima voluntad, excepto en dos casos.*

91. *Los padres solo pueden dar en dote à sus hijas la cantidad que se expresa.*

§. III.

92. 93. 94. *DEben cumplir los padres la promesa que hicieron de mejorar, ò no à algun hijo en los casos, y con la distincion que se expresa.*

95. *Pueden mejorar à un hijo, aunque con otro hayan hecho pacto de lo contrario, si éste lo remite, y no dexa descendientes legitimos; pero no si los dexa, y fallece en vida del mejorante.*

96. 97. *Lo mismo pueden hacer aunque hayan prometido mejorar à alguno de ellos, si éste hizo la remision.*

98. *Aunque los padres prometan no mejorar à descendiente alguno, pueden disponer del quinto à favor de quien quisieren.*

99. *Prometiendo en escritura no mejorar à alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco à sus nietos.*

100. 101. *Sin embargo de*

que hayan prometido no mejorar à cierto hijo, pueden mejorar à otro, excepto en un caso.

102. 103. *El mejorado puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora.*

104. 105. *En las mejoras há lugar el derecho de acrecer, ya sean conjuntos en la cosa, y palabras, ò solamente en éstas, ò en aquella los mejorados.*

106. *Há lugar tambien en la donacion causa mortis.*

107. al 110. *¿Quándo lo habrá, ò no en la donacion inter vivos; y cómo se ha de dividir la parte vacante de la mejora que competia à uno de los mejorados, que falleció antes que su padre, por cuya razon recayó en éste?*

111. *En la donacion hecha por el Principe à dos, ò mas conjuntos há lugar tambien el derecho de acrecer, aunque la hayan aceptado.*

§. IV.

112. *AL mejorado revocable, ò irrevocablemente en cosas ciertas, si se entregó la posesion de ellas, y no se revocó la mejora, le pertenecen sus frutos desde la tradicion: y lo mismo al donatario por causa onerosa.*

113. *De la mejora inter vivos hecha de quota de bienes ciertos, y no entregada al mejorado le pertenecen los frutos desde la muerte del mejorante.*

114. *No siendo señalados, ni entregados al mejorado los bienes de ella, se le deben unicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero.*

115. *Siendo hecha, y entregada al hijo emancipado mayor de veinte y cinco años la mejora, ò donacion de quota inter vivos, le tocan los frutos desde el tiempo de la mora, y no antes. Pero siendolo à hijo existente en la patria potestad, ò à menor, desde la tradicion.*

116. *De la mejora de cierta cosa particular hecha en ultima voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador.* 117.

117. *Lo mismo procede quando fue hecha de cierta parte, ò quota de bienes, è intervino tradicion, mas no si ésta faltó, pues entonces se le deben desde la mora.*

118. 119. *Dexando el testador bienes fructíferos, è infructíferos, y mejorando indistintamente por ultima disposicion à algun descendiente, sin entregarle los de la mejora, ¿si se tarda en hacer la particion, cómo se dividirán los frutos que durante la proindivision produxeron los bienes entre el mejorado, y demás herederos?*

120. *Quando el padre dotó en vida à su hija, ò hizo donacion* propter nuptias *à su hijo, y le mejoró en ultima voluntad, para que no tuviese que restituir: si el mejorado calló muchos años, y luego se hace la particion, ¿qué le tocará de frutos por razon de su mejora?*

121. *¿Y qué si el testador no dexa al hijo el tercio por via de mejora, ò prelegado, sino de institucion?*

122. *La hija, à quien su padre dotó en cierta cantidad que le entregó quando se casó, aunque despues de muerto ofrezca colacionar todo lo que llevó en dote, si pretende la dén sus hermanos la parte de herencia que la toca con los frutos correspondientes al tiempo de la proindivision, ¿qué llevará?*

123. *Si el testador mejora en cosa cierta, ò en el tercio, y quinto à un hijo, consignandole la mejora en bienes señalados que la completan solamente, ¿qué llevará de los frutos que durante la proindivision rentaron las fincas consignadas, y los demás bienes del mejorante?*

124. *Mejorando el padre à un hijo en el tercio, y quinto de sus bienes con consignacion en cosa cierta, y señalando à otro hijo su legitima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, durante la proindivision, no podrá el mejorado pretender mas que los que rentó la suya.*

125. 126. *Mejorando el*

ascendiente à un descendiente en tercio, y quinto, consignandolo en finca fructifera, y mandando que si el valor de ésta excede à la mejora, lleve en cuenta de su legitima el exceso, ¿si con efecto excede, tarda en hacerse la particion, y el testador dexa otros bienes raices, cómo se dividirán los frutos, que durante la proindivision produxeron unos, y otros bienes, ya quede, ò no vinculada la finca?

127. *Si teniendo dos hijos mejoró al uno en tercio, y quinto, consignandole el tercio en ciertos bienes fructiferos, mandando llevase el quinto en muebles, ò dinero, señalando al otro por cuenta de su legitima otros bienes raices, y dexando algunos mas muebles, y raices; y se apoderó solamente del quinto el mejorado, y todos los bienes raices estuvieron sin partir, ò cada uno se apoderó de los raices consignados, y percibió sus frutos, y los demás existen pro indiviso, ¿cómo se dividirán los producidos, y no divididos?*

128. 129. 130. *Habiendo frutos pendientes en los bienes en que el testador consignó la mejora, y testando entre herederos legitimos, ò extraños, ¿cómo se han de dividir, ya quede, ò no superstite?*

131. *Si el titulo de la mejora se reduce à no titulo, debe el mejorado restituir con frutos la finca, en que lo fue. Y lo propio milita en la donacion condicional; pero no, quando sobrevino la condicion.*

132. *Y si no se reduce à no titulo, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos.*

133. *¿Si bastará, ò no que el donatario sepa el nacimiento de los hijos del donante para la restitucion de frutos, aunque éste no diga que quiere revocar la donacion?*

134. *No debe restituir el donatario los frutos que percibió, y consumió antes de saber el nacimiento de los hijos del donante.*

135.

135. *Si los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, de modo que se le transfirió su dominio, y la mejora se revoca por su ingratitud, debe restituir los frutos desde que la cometió, y no antes.*

136. *Quando la donacion, ò mejora se revoca en el todo, por haberse reservado el donante la facultad de revocarla, debe el donatario, ò mejorado restituir los frutos desde su revocacion.*

137. 138. 139. *Habiendo casado el padre à una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó à éste bienes redituables, dandola en dote bienes muebles, y dinero, y quedadose con los raices, ¿si restituyendo la hija por muerte de su padre los que llevó en dote, tendrá accion à pedir los maternos con los frutos producidos desde su matrimonio.*

§. I.

SI LOS ASCENDIENTES PODRAN mejorar à sus legitimos descendientes, consignarles la mejora, y gravar al mejorado, y cómo se ha de deducir.

1 SIN embargo de corresponder à los hijos por todos derechos su legitima, como es de derecho positivo, ò escrito la asignacion de la quota, ò cantidad que con este titulo, ò nombre deben percibir, (por lo que la puede aumentar, ò disminuir) y se llama *legitima*, porque la concede, y señala ley: (1) hubo variedad, y alteracion segun los tiempos en quanto à la porcion que sus pa-

(1) Ley 17. tit. 1. Partid. 6. 6. lib. 5. glos. 1. n. 8. Angul. de Meliorat. in leg. 1. tit.

padres debian dexarles. Por Derecho antiguo le tenian solamente à la quarta parte libre de los bienes de estos, de tal suerte, que si se la dexaban, no podian querellar de inoficioso su testamento; y si no era integra, les competia la accion de pedir su suplemento. (1) Se establecieron despues las Autenticas, por las quales, y por nuestro Derecho de las siete Partidas se mandó que la legitima fuese la tercera parte, si los hijos eran quatro, ò menos; y si cinco, ò mas, fuese la mitad. (2) Se crearon las leyes del Fuero Real, que permitian à los ascendientes disponer de un quinto en vida, y de otro en muerte; y estas se corrigieron por las de Toro, por las quales se ordenó que el padre, madre, ò ascendiente no pudiese disponer de mas que de un quinto de sus bienes en ambos tiempos, pues los restantes eran para sus hijos, y descendientes legitimos; (3) cuyas leyes son las que hoy nos rigen, y están en viril observancia en estos Reynos de Castilla.

2 No obstante éste ultimo establecimiento, no son legitima precisa, y necesaria de todos los hijos, y descendientes legitimos del testador las quatro partes de sus bienes, excepto que quiera igualarlos, como senté en el cap. 1. de mi 1. part. n. 73. por lo que teniendo el padre, ò la madre dos, ò mas, pueden mejorar en contrato entre vivos, ò en testamento, ù otra ultima voluntad à qualquiera, ò qualesquiera de ellos en el tercio, y quinto de su ha-

(1) Ley Papinianus 8. §§. 6. 7. y 8. ff de Inofficios. testam. y leyes Cum quæritur 6. y omnimodo testatorum 30. Cod. eod. tit

(2) Authent. Novissima, Cod. de Inofficios. testam. Authent. de Triente, & semisse cap. 1. y 2. collat. 3 y dicha ley 17. tit. 1. Partid. 6.

(3) Leyes 9. tit 5. de Legados, y 7 tit. 12. de Donaciones lib. 3. del Fuero Real, y 28. de Toro, que es la 12. tit. 6. lib. 5. Recop.

hacienda libre, ò en el uno de estos à su arbitrio, (1) y los demás llevarán su legitima diminuta, ò corta. Lo qual se entiende, no solo quando están vivos todos los hijos, sino aunque no viva mas que uno, si tienen otro postumo, porque éste como ya existe *in rerum natura*, se computa, è incluye en el numero de ellos, (2) y en lo que le es propicio se estima nacido; (3) y asi es capáz de ser heredero, y legatario, (4) y por consiguiente recibirá gravamen el tercio.

3 Pero es de advertir, que este tercio, y quinto debe ser solamente uno en vida, y muerte en todos casos; y que siendo muchos los mejorados, si el testador no señala à cada uno la parte, ò quota que de la mejora ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos, porque no puede haber mas que una; (5) por cuya razon, sin embargo de que los padres perciban frutos de los bienes de sus hijos, no pueden hacer de ellos, ni dexarles otra mejora, ni donacion, ni tampoco de su propiedad, porque la mejora no puede ser mas que una, como expone, y doctamente funda *Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 69.* y se prueba de las leyes de Toro, de que en su respectivo lugar haré mencion.

4 Esta facultad de mejorar los padres à sus hijos legi-

(1) Dicha ley 9. del Fuero, y leyes 17. y 18. de Toro, que son las 1. y 2. tit. 6. lib. 5. Recopil. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. n. 16. Matienz. en la 2. tit. 6. lib. 5. glos. 2. y 3.

(2) Ley Si quis filiabus, ff. de Testament. tutel. ley Si quis operis, ff. de Oper. libertor. y §. Si quis filiabus, y §. fin. Institut. Qui dari tutor. pos.

(3) Ley Qui in utero, ff. de Statu homin. glos. in §. Cum autem Institut. de Tutel.

(4) Princip. Institut. de Bonor. poss. §. Posthumo Institut. de Legat. ley Qui filium, ff. de legat. 1. ley Posthumus, ff. de Inofficios. testam. y ley Gallus 29. §. Hic casus 15. ff. de Liber. & posthum. Angul. de Meliorat. in leg 11. glos. 10. n. 5.

(5) Dicha ley 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

gitimos se entiende aunque sean procreados en diversos matrimonios; y aun en el caso de que siendo el padre rico, y la muger segunda pobre, se deba dar à ésta la *quarta marital* que la ley la concede, como diré en el cap. 3. num. 170. y siguientes; pues no obstante esto, puede mejorar el padre à qualquiera de ellos, porque la quarta es debito legal, al qual por ser rico el marido, casarse con muger pobre, y no dexarla los decentes alimentos, están obligados sus bienes en virtud de la concesion, y precepto de la ley. (1)

5 Lo mismo procede en quanto à los descendientes respecto de sus legitimos ascendientes, pues la viuda de aquellos llevará su quarta en el caso propuesto, y además podrá disponer el descendiente del tercio que le permite la ley 6. de Toro, en perjuicio de su padre, ò ascendiente, porque versa identidad de razon en una legitima, que en otra, y asi debe obrar la propia disposicion legal, y hacerse igual juicio: (2) y porque las deudas, ya sean legales, ò convencionales, como que no son herencia, ni bienes del difunto, se deben deducir antes que se proceda à la division de los propios de éste, segun he sentado en los cap. 3. y 4. del lib. 1. de este tratado.

6 Pueden tambien los abuelos mejorar en el tercio, y quinto de sus bienes libres, ò en uno de ellos à sus nietos, y demás descendientes legitimos, aunque sus hijos padres de estos estén vivos, como lo dispone la ley 18. de Toro, que es la 2. tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *El padre, y la madre, ò qualquier dellos puedan si quieren, hacer el tercio de la mejoría que podian hacer à sus hijos, ò nie-*

(1) Salicet. in Authent. Præterea, Cod. Unde vir, & uxor. n. 9. al fin. Tello en la ley 9. de Toro n. 31. Angul. en la 9. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 5. y 6.

(2) Ley Nam etsi parentibus, ff. de Inofficios. testam. Angulo ibi.

nietos conforme à la ley del fuero, à qualquier de sus nietos, ò descendientes legitimos, puesto que sus hijos padres de los dichos nietos, ò descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento. Pues en el titulo, ò nombre de hijos vienen, y se comprehenden los nietos, y demás decendientes de ellos; (1) y asi la misma razon versa en unos que en otros. (2) Y no solo se amplía su potestad à mejorar à un hijo, nieto, ò descendiente, sino à dos, tres, ò à todos los que tenga, excepto uno, porque aquel à quien por Derecho se permite elegir à uno en algun legado, fideicommiso, ò disposicion, puede elegir dos, ò mas. (3)

7 Se entiende lo expuesto en el numero inmediato, ya el padre, ò madre tengan varios hijos, y algun nieto, ò nietos hijos de estos, ò solamente un hijo, y de él un nieto, ò nietos: pues no obstante ser unico el hijo, pueden mejorar al nieto, ò nietos hijos de éste, cuya opinion es la segura, y corriente en la práctica, (4) sin embargo de lo que dice Gomez: (5) pues como la mejora supone eleccion, y predileccion de personas; es preciso para elegir que à lo menos haya dos; y la ley inserta permite que los abuelos puedan mejorar al nieto viviendo su hijo, se verifica la eleccion estando ambos vivos.

Pe-

(1) Ley Liberorum 220. ff. de Verbor. significat.

(2) Ley Adigere 6. § Quamvis, ff. de Jure patronatus.

(3) Ley Cum quidam ita 24. y ley Unum ex familia 67. §. Si duos, ff. de Legat. 2. Gom. en la 18. de Toro n. 2. al fin. Tell. ibi. n. 1. Castill. en la 27. n. 10. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 1. n. 16.

(4) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 19. n. 4. vers. Obiter tamen. Angul. en la ley 11. glos. 10. n 2. y 3. Menes. in leg. Unum ex familia, §. Si duos cit. n 5. Sr. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 11. n. 5. Tell. en dicha ley 18. n 3. Morquech. ibi. n. 15. y 16. Matienz. en la ley 2. tit. 6. lib 5. glos. ultim. n. 5. y fin.

(5) Gom. en la ley 17. de Toro n. 19. vers. Ex quo singulariter, y en la 18. n. fin.

8 Pero si el testador no tiene mas que un hijo, ò descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, ni por consiguiente imponerle gravamen en él. Lo primero, porque el mejorar supone predileccion, y mas afecto à los hijos, y descendientes entre quienes recae, que à los demás, como queda expuesto: (1) y no habiendo mas que uno, no puede verificarse, pues no se dá qualidad sin ente, ò sugeto en quien recayga. (2) Y lo segundo, porque de necesidad debe succeder en todos los bienes de su ascendiente, excepto el quinto, y asi solo en éste (en caso que se lo legue) le puede imponer gravamen, pues todos los restantes son legitima del hijo, ò descendiente, que segun Derecho, (3) de ningun modo puede ser gravada, ni condicionada; y por otras razones que expuse en el cap. 1. de mi 1. part. §. 5. n. 70. y traen los Autores. Lo qual es corriente, no obstante decir el Doctisimo *Parlador. lib.* 1. *Rerum quotidian. cap.* 7. poder mejorar el padre à su hijo unico, y vincular el tercio.

9 Procede lo explicado en el numero anterior, aunque en pacto dotal se haya impuesto el gravamen de vinculacion, y restitucion, si no naciere mas que un hijo; ò sea hecha la mejora por contrato entre vivos irrevocable, ò el mejorado lo haya sido en ultima disposicion, habiendo muchos descendientes; pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare unico, ce-

(1) § 2. Institut. de Assignation. libertor. ley Utrum, ff. eod. tit. y ley Cum pater, §. Hæres, ff. de Legat. 2.

(2) Ley Ejus qui in Provincia, §. fin. vers. Quoniam, ff. de Reb. cret si certum petat ley Pomponius, §. fin. ff. de Acquirend. posses. ley Si servum, §. fin. ff. de Action. empt. Gom. en la 17. de Toro n. 19. Morquech. dicho cap. 1. n. 7. lib. 3.

(3) Ley 11. tit. 4. Partid. 6. y ley Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testament. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 9. n. 6. 7. y 8.

cesará el gravamen, y todos los bienes de sus ascendientes (excepto el quinto) serán legitima suya, porque ésta se debe regular segun el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora, por faltar materia, y sugeto que sirva de fomento, y en quien se verifique; y por no consumarse, ni surtir su efecto hasta entonces, por eso el gravamen se entiende no puesto. (1)

10 Se limíta lo expuesto en el num. 8. en caso que el hijo mayor de veinte y cinco años consienta expresamente el gravamen que su padre le impuso en el tercio, pues valdrá, porque puede renunciar el beneficio legal que le compete; cuyo consentimiento es mas poderoso que el real permiso, y confirmacion del gravamen. (2) O que calle toda su vida, y por su muerte posea los bienes su hijo por espacio de treinta años, ò mientras vive, sin reclamar la vinculacion, y gravamen; pues por este silencio de los dos en tanto tiempo es visto consentirla, y queda firme, y los bienes ligados à ella. (3) O que el padre le mejore con la condicion de: *Si otro hijo, ò hijos le nacieren*, en cuyo caso será válida tambien la mejora, y gravamen, porque el acto, que puede ser hecho puramente, se puede hacer tambien con condicion; (4) por lo que si el hijo unico fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejora, y gravamen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion, que siendo pura-

(1) Angul. en dicha ley 11. y glos. 10. n. 6. y 7. al fin. Sr. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 13. n. 51. y sig.

(2) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

(3) Sr. Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 7. Baez. dicho cap. 9. n. 10. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testam. ampliat. 10. n 24.

(4) Ley 2. ff. de In diem addiction. y §. Emptio, Institut. de Emption. & vendition. Sr. Molin. dicho lib. 2. cap. 3. n. 7. y cap. 11. cit. n. 9.

ramente hecha, no tiene vigor, se entiende ordenada con la tacita condicion con que vale el acto: (1) y éste quando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. (2)

11 Se limíta tambien, quando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida à su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufructo, y éste percibe sus frutos, los quales equivalen al gravamen; en cuyo caso valdrá asimismo la mejora. (3) Y lo propio milíta si la hace de tercio, y quinto con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravamen de el Mayorazgo hecho en el tercio, no lleve el quinto; pues entonces, ò deberá consentir el gravamen del tercio, ò perderá el quinto. (4) O quando precede facultad Real, en cuyo caso no solo tendrá potestad de vincular el tercio, sino todos sus bienes libres, si ésta se lo permite, porque la facultad es para obligar al hijo à estar, y pasar por la vinculacion, aunque lo repugne, y resista; pues como la quota de legitima depende de la asignacion legal, puede el legislador dispensar, y derogar la ley en que la prefine, y minorarla, y gravarla à su arbitrio, sin que en el hijo resida autoridad para impedirselo, ni invalidar la concesion, ni lo hecho con arreglo à ella por su padre. Y aunque no observe el orden de la ley 27. de Toro,

(1) Dicha ley Gallus, y §. Quidam recte, & ibi. glos. & DD. ff. de Liber. & posthum. Angul. en la 1. glos. 13. ex n. 11. al 19. y en la 11. glos. 10. n. 8. Morquech. lib. y cap. cit. n. 9. Baez. dicho cap. 9. n. 60.

(2) Ley Si hæreditas, §. Si furiosus, y sig. ff. de Testamentar. tutel.

(3) Ley Ab eo, Cod. de Fideicommis. Segur. in Repetit. leg. 1. §. Si vir uxori, vers. Sed potest dicere aliquis, ff. de Acquirend. pos-es. Peralt. in leg. Cum pater, §. A filia, ex n. 29. ff. de Legat. 2. Sr. Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 4. Morquech. ibi. n. 12.

(4) Sr. Molin. ubi supr. n. 8. Baez. dicho cap. 9. n. 11.

ro, no se anulará, si la facultad no le precisa à ello. (1)

12 La muger casada no puede mejorar à hijo, ni descendiente alguno suyo por contrato entre vivos sin licencia de su marido, como he sentado en el cap. 1. de mi 1. part. num. 74. y 75. pero estando viuda sí: y tambien quando está casada, si sus bienes son libres, de tal suerte, que su marido no tiene el usufructo de ellos, pues teniendolo, aunque será válida la mejora, por lo tocante à su perfeccion, y firmeza, y no se podrá revocar, siguiendose su tradicion, ò haciendola por contrato, ò causa onerosa con tercero, como en el §. 2. n. 8o. diré; pero no en quanto à privar à su marido de su usufructo, pues éste debe quedarle para superar las cargas matrimoniales: (2) porque quando alguno dona, ò lega algo, se entiende donar, y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro. (3)

13 No se circunscribe, ni limíta la potestad de los ascendientes legitimos à mejorar en el tercio de sus bienes libres à quál, ò qualesquiera de sus legitimos descendientes; antes bien se estiende, y ampíia à poderselos con-

(1) Sr. Molin. ibi. n. 10. al 18. Gom. en la ley 40. de Toro n. 55. y 57. Sr. Greg. Lop. en la ley 23. tit. 9. Partid. 6. verb. Mas de uno, glos. 1. Matienz. en la 2. tit. 7. lib. 5. glos 1. n. 3.

(2) Ley Dotis fructuum 7. y ley Plerumque 10. ff. de Jure dotium, ley Pro oneribus 20. Cod. eod. tit. ley Si maritus 46. ff Familiæ erciscund y ley 25. tit. 11. Partid. 4. Matienz. en la 2. tit. 6. lib 5. glos. 1.

(3) Leyes Servi 5. §. fin. Senatus 43. y Si cui 49. §§. fin. Si domus 71. §. Si fundus, y Non quocumque 82. §. 1. ff. de Legat. 1. ley 1. ff. de Liberation. legat. ley Qui tabernas 32. ff. de Contrahend. emption. y ley Si constanter 19. Cod. de Donationibus inter vir. & uxor. Gom. en la ley 18. de Toro n. 3. Castill. en ella n. 2. y Palac. Rub. Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos. 1. n. 2. y 3.

consignar en bienes ciertos, y determinados, para que en ellos se les satisfaga su importe despues de su muerte; y asi pueden señalar para pago de ambos, ò del que les parezca, las fincas, ò alhajas que quieran, con tal que el valor del tercio no exceda del que montáre la tercera parte de sus bienes al tiempo de su fallecimiento, como lo dispone la ley 19. de Toro, que es la 13. tit. 6. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *El padre, ò la madre, y abuelos en vida, ò al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ò parte de su hacienda el tercio, y quinto de mejora, en que lo haya el fijo, ò fijos, ò nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montáre, ò valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte*::: De suerte, que habiendo consignacion sin tradicion, se ha de atender, y tener respeto para el cabimiento del tercio al valor que los bienes del mejorante tienen, quando fallece, y no al que tenian quando hizo la mejora, ya sean muchos, ò pocos en qualquiera de los dos tiempos. Lo que no echará en olvido el Contador, pues de lo contrario puede irrogar grave perjuicio à los no mejorados, ò al que lo fue. Esta ley, y las 23. 25. y 26. de Toro las explicaré en el capitulo siguiente §. 4. desde el num. 153. al 157. en donde se podrá instruir del espiritu de su disposicion.

14 Pero han de hacer por sí mismos, y no cometer à otro la consignacion, ò señalamiento de los bienes del tercio, ni quinto, porque se lo prohibe la ley inserta, que en su segunda parte dice: *Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio, y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer à otra persona alguna.* Y la razon de esta prohibicion consiste en que la facultad, y declaracion de animo es cierto derecho personalisimo insito, y coherente à la persona del ascendiente,

te, por lo que no se puede ceder, ni cometer à otro. (1)

15 Esta asignacion parece debe hacerse de suerte, que los demás hijos no sean gravados en sus legitimas, ni por ellas se les defrauden éstas. (2) Pero la ley habla generalmente, y asi se debe entender, cesante todo fraude, (3) porque comprehende indistintamente todos los casos, aunque verse mayor razon en uno que en otro, (4) y estiende su potencia hasta lo infinito. (5) Lo qual se entiende, excepto que por leyes posteriores se establezca otra cosa, pues entonces se debe declarar segun ellas, (6) porque no se refiere à casos especialmente notados, (7) y se debe evitar la correccion de leyes, y concordarse unas con otras: (8) y como la mejora se debe pagar con atencion al valor de la herencia que dexa el testador quando no entrega parte de ella en vida, segun las leyes 19. 23. y 29. de Toro, no puede verificarse gravamen en las legitimas en quanto à la cantidad, que es el que quiso evitar la ley 19. inserta por la condicion que pone: (9) y solo en el caso de ser hecha la asignacion en todo lo mejor,

(1) Ley Centessimis, §. fin. ff. de Verbor. obligation. ley 4. ff. Locati, ley Post mortem, §. fin. ff. de Adoption. ley Inter artifices, ff. de Solutionib. y ley Item Pomponius scribit, §. fin. ff. de Rei vindication. Gom. en la ley 19. de Toro n. 2.

(2) Sr. Covar. in cap. Raynaldus, §. 2. n. 5. al fin. de Testam. Matienz. en la ley 3. dicho tit. 6. lib 5. glos. 1. n. 2.

(3) Ley De pretio, ff. de Publician. in rem action.

(4) Ley 1. §. Quod autem, ff. de Delatorib. & ibi. glos.

(5) Ley 1. §. In infinitum, ff. de Legat. præstand.

(6) Ley Filius familias, ff. de Obligation. & action. ley 1. ff. ad Macedonian. ley Juris gentium, §. Si paciscar, ff. de Pact. y ley Transigere, & ibi. glos. Cod. de Transaction.

(7) Ley Sanctio legum, ff. de Pœnis, ley Doli clausula 119. ff. de Verbor. obligation.

(8) Ley Sed & posteriores, ff. de Legib. ley Præcipimus, Cod. de Appellation.

(9) Tello en la ley 19. de Toro num. 1. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 55.

jor, mas fructifero, y permanente, podrá verificarse gravamen en la qualidad de las cosas destinadas para su pago, y se presumirá dolo, por defraudar las legitimas à los no mejorados; pero en este caso se debe reducir à alvedrio de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido, y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno, y que quede bueno tambien para ellos, pues de lo contrario se comete dolo, el qual se debe evitar, porque anula todo lo que con él se obra, por no ser justo que despues de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores, y fructiferos, y que sus hermanos despues de no serlo, quedandose con sola su legitima diminuta, lleven lo peor, è infructifero; y en este sentido se debe entender la asignacion que previene la referida ley 19. no solo en quanto al tercio, quando los ascendientes lo dexan à sus legitimos descendientes, sino al quinto, ya lo leguen à estos, ò à extraños, ò por su alma. (1)

16 Habiendo señalado el testador en bienes determinados la mejora de tercio, y quinto, ò del uno de estos solo, se han de entregar al mejorado, ò legatario (ya sea legitimo, ò extraño) los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo qual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse comodamente, v. g. quando naturalmente no admiten division, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los quales el individuo no puede subsistir, à la manera del siervo, el cavallo, &c. ò quando no se puede hacer la division sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave,

(1) Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 1. ex n. 22. hasta el fin. Acev. en la ley 3. tit. 6. lib. 5. Recop. num. 1. y 2. Matienz. en ella glos. 1. Sr. Covar. en dicho cap. Raynaldus, y n. 5.

ve, y otras cosas semejantes, en las quales para usarlas es menester la alternativa, ò aplicarlas à uno solo, (1) como sentè en el *cap.* 2. §. 3. *lib.* 1. *de este tratado*; pues en estos casos se le puede dar en dinero, para evitar que con la division sea dura, y nociva la separacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dexare. Asi lo ordena la ley 20. de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 5. Recop. cuyo contexto es: *Los hijos, ò nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejora que el testador oviere fecho à alguno de sus fijos, ò nietos, ò quando mejorare en el quinto à otra persona alguna: sino que en las cosas que el testador obiere señalado la dicha mejora del tercio, y quinto, ò quando no le señaló, en la parte de la facienda que el testador dexare, sean obligados los herederos à ge lo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad, que no se pueda conveniblemente dividir, que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado, ò mejorados el valor del dicho tercio, y quinto en dineros.* Cuya ley es correctoria del Derecho comun, (2) por el qual quando el testador lega parte, ò quota de sus bienes, se concede facultad, y eleccion al heredero de pagarla al legatario en ellos, ò en dinero, ò parte en éste, y parte en aquellos.

17 Pero es de advertir, que quando la hacienda no tiene cómoda division por algunas de las razones expuestas en el numero precedente, no están obligados los no mejorados à dar precisamente en dinero el tercio, ò quinto

(1) Ley Non amplius 26. §. Cum bonorum 2. ff. de Legat. 1. ibi: *Vel naturaliter, vel sine damno.* Castill. en la 20. de Toro n. 3. y 4. Angul. en la 4. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 8.

(2) Dicha ley Non amplius, y §. Cum bonorum, y ley Potest 27. ff. de Legat. 1.

to à los que lo son, porque no les compele à ello la ley, antes bien lo dexa à su arbitrio, y voluntad, respecto no dice que *deben*, sino que *puedan*: y asi la pagarán en dinero, ò en otros bienes de la herencia, segun quisieren, como quando no se la señala, sin que el mejorado tenga accion à pedir que se le dé indispensablemente en dinero. (1)

18 Y si el testador, por carecer de herederos legitimos, testa entre extraños, y mejora à alguno en el tercio, ò quinto, ò en otra quota, ò parte de sus bienes, ò la lega à otro, parece que este legatario, ò mejorado no tendrá accion à elegir, y sí el heredero, y por consiguiente podrá darle su legado, ò mejora en dinero, porque la ley inserta se ha de entender en sus propios terminos, y como correctoria del Derecho comun no ampliarse à otros casos, aunque en ellos concurra identidad de razon. (2)

19 Mas no obstante, mediante la referida ley, lo contrario se debe tener: y asi debe llevar indistintamente su legado, ò mejora en los bienes que dexó el testador, y el heredero no tiene derecho à elegir, porque si teniendo descendientes, y dexando el quinto à extraño, debe haberlo éste en los propios bienes del testador, como dice la ley; con superior razon siendo todos extraños, lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el quarto, tercio, ù otra quota, ò parte de bienes. A mas, de que quando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de ésta en uno se entiende, y amplia à los demás: (3) es asi que por Derecho comun le tenia

(1) Gom. en la ley 20. de Toro n. fin. vers. Sed advertendum.

(2) Ley Si vero, ff Soiut. matrimon. ley Præcipimus, Cod. de Appellation. y ley Sancimus, Cod. de Testament. & ibi. DD.

(3) Ley Ut tantum 14. §. 1. ff. de Servo corrupt. glos. fin. in leg Si quis servo alieno, Cod. de Furt.

nia el heredero à elegir, y pagar el legado (ya fuese de la tercera, quarta, quinta, sexta, ù otra quota de bienes) al legatario en los que habia dexado el testador, ò en dinero: luego por el contrario, respecto à que la ley de Toro manda que el quinto se satisfaga en ellos, se debe estender al tercio, quarto, sexto, ò à otra parte mayor, ò menor que dexe al legatario. (1)

20 No sucederá lo mismo, si el testador lega annualmente, v. g. la tercera parte, ù otra del usufructo de cierto fundo suyo, pues podrá el heredero vender el fundo, y entregar al legatario la estimacion, y cantidad annua respectiva à la locacion de la tercera parte del usufructo, aunque no quiera recibirlo, como lo dicen la ley 38. ff. *de Usu, & usufruct. legat.* ibi: *Fundi Æbutiani redditus uxori meæ quoadvivat, dari volo: ¿Quæro an possit tutor hæredis fundum vendere, & legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patre familias ex locatione fundi reddigere consueverat? Respondit posse*, y otras; (2) y este es uno de los casos, en que se puede entregar una cosa por otra al acreedor contra su voluntad.

21 Aunque la legitima de los hijos, y descendientes legitimos no puede ser gravada, ni condicionada por sus padres, (3) no obstante, si estos dexaren à algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles, y honestas. (4) Y respecto no ser legitima rigorosa de todos el tercio, si

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 21. vers. Advertendum tamen est.

(2) Ley Generali capite 32. §§. penult. y ultim. ff. de Usu, & usufruct. y ley 1. §. 1. ff. de Auro argent. legat. Castill. en la 20. de Toro n. 3.

(3) Ley 17. al fin tit. 1. ley 11. tit. 4. y leyes 4. y 7. tit. 11. Partid. 6.

(4) Dicha ley 11. tit. 4. Partid. 6.

si sus padres lo dexaren à alguno, ò algunos, pueden imponer en él para siempre, ò por tiempo señalado à su arbitrio, y voluntad, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion, el gravamen de restitucion, y fideicomiso, con los vinculos, sumisiones, y substituciones que les parezca, con tal que sea precisa, è indispensablemente entre sus legitimos descendientes, de qualquier grado, varones, ò hembras, y *utrinque conjuncti*, ò *ex uno latere*; en su defecto, entre los ilegitimos que hayan derecho de poderlos heredar; no habiendolos, entre sus ascendientes; à falta de estos, entre sus parientes, y extinguidos todos, entre extraños; pues en otros terminos les está prohibido gravarlo, y condicionarlo, y si lo hicieren, se reducirá al orden expuesto, y valdrá hasta la persona en quien inutilmente, y contra ley hicieron la substitucion, (1) en la qual se extinguirá, y en su poder quedarán libres, y como tales partibles entre sus herederos los bienes, (2) porque en las cosas que admiten separacion, no se vicia lo util por lo inutil. (3) Pero en el quinto no solo pueden poner el gravamen referido, sino otro qualquiera posible, y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados à observar el orden, y llamamientos expresados, porque es suyo privativo, ninguna ley les precisa à ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho à que se lo dexe. (4)

22 Pero se advierte: Lo primero, que ya se haga la

(1) Ley 27. de Toro, que es la 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Angul. de Melioration. en dicha ley 11. glos. 15. Matienz. en ella.

(2) Ley Placuit 29. ff. de Usur. ley 1. §. Sed si mihi, y ley Quæ extrinsecus 65. ff. de Verbor. obligation. Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 43. Sr. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 7. per tot.

(3) Regla utile per inutile de Regul. jur. in 6.

(4) Angul. en dicha ley 11. glos. 3. y 16. Matienz. en ella glos. 2. Tell. en la 27. de Toro n. 3. vers. Tertio.

la mejora en contrato, ò en ultima voluntad, no puede el mejorante excluir à la hembra proxima descendiente por el transversal mas remoto, pues debe ser preferido, porque de lo contrario se pervertiria el orden de esta ley; y asi siempre que haya descendientes, ya sean varones, ò hembras, no se admiten transversales, ni pueden ser llamados, aunque sean varones, ni entran à succeder en los bienes de que se constituyó la mejora, hasta que las lineas masculina, y femenina de los descendientes se extinguen. (1)

23 Se advierte lo segundo, que en defecto de legitimos puede el padre llamar à sus naturales, y à la posteridad de estos, antes que à los ascendientes, porque en él es voluntario el llamarlos, ò no, pero en la madre es preciso: y asi ya sean naturales, ò espurios, debe preferirlos à ellos, no siendo de dañado, y punible ayuntamiento, porque son sus herederos forzosos ex testamento, y abintestato, y por consiguiente deben heredarla, en caso de no tener descendientes legitimos, y no sus ascendientes. (2)

24 Y ultimamente se advierte, que instituidos los hijos naturales, si hay ascendientes del instituyente, no puede nombrar éste, ò substituir extraños: y si los nombrare, llevarán solamente el tercio, y el residuo será para los ascendientes; pues al modo que la institucion no valdria, sino en él, segun la ley 6. de Toro, del mismo modo no valdrá la substitucion, porque es segunda institucion: (3) y el que no puede ser instituido, tampoco puede ser substituido. (4) Me-

(1) Tello en dicha ley 27. de Toro n. 4. al 7. y n. 16. Gom. Arias en ella n. 59.

(2) Gom. en la ley 10. de Toro n. 6. al fin. Angul. en dicha ley 11. tit. 6. lib. 5. glos. 11.

(3) Ley Cohæredi 41. §. Cohæres 6. ff. de Vulgar. substitut.

(4) Bart. in leg. 2. not. 2. Cod. de His, qui sunt sui, vel alieni juris. Angul. en dicha ley 11. glos. 18. n. 3.

25 Mejorando el padre à un hijo en el tercio, y quinto de sus bienes por ultima voluntad, è imponiendole el gravamen de restituirlo à otro hijo, ò descendiente al tiempo que le prefinió, si despues *in articulo mortis* hizo prelegado del mismo tercio, y quinto à otro hijo simplemente, removerá el gravamen de restitucion impuesto al primero el prelegado hecho al segundo, porque por el hecho de no haberlo expresado, se entiende no haber querido imponerselo, sino antes bien dexarselo libremente. (1) En quanto à quándo se entiende hecho el fideicomiso, y de quántos modos, vease à *Castillo* en la ley 27. de Toro, *verb. Fideicommisso n.* 21.

26 Si el padre del testador le prelegó un fundo en fideicomiso, imponiendole la condicion, y gravamen de que despues de la muerte del mismo testador habia de pasar à su hijo mayor, nieto de su padre, se debe adjudicar al nieto, y no imputarsele en su legitima paterna: (2) y la razon es, porque el abuelo tuvo facultad para mejorarle, substituirle, y gravarle à la restitucion, y el nieto recibe de él, y no de su padre el fundo; por lo que no se debe conceptuar finca, ni hacienda de éste; y por no serlo, tampoco se debe hacer merito de él en la particion de los bienes del testador.

27 Habiendo dexado al nieto el fundo en fideicomiso, *para quando tuviese hijos*, si antes de verificarse esta condicion, ò de tenerlos, se dividieron los bienes de su padre entre él, y sus hermanos, ò coherederos, incluyendolo en la particion, y prometiendo todos haberla por firme, ¿se duda, si verificandose despues la condicion, podrá

(1) Bart. in leg. Titia testamento, ff. ad leg. Falcid. Castill. en la 27. de Toro n. 11. vers. Sed quæro pater.

(2) Glosator. in dict. leg. 27. Tauri.

drá el nieto pedir el fundo dividido ya, y entregado? Y se responde, que puede, aunque intervenga su juramento de no contravenir jamás la particion: (1) y la razon es, porque por la de los bienes comunes no se entiende remitido, ni renunciado el fideicomiso condicional, aunque intervenga ciencia de él, y se diga en la misma particion que el uno remite, y cede al otro todos los derechos que tiene, y espera tener, y lo que se le dexó en testamento. (2)

28 Pero esto se limíta: Lo primero, quando muerto el padre, se purificó el fideicomiso, pues si se dividiese despues entre los hermanos, se perjudicaria el nieto por la renuncia, y remision. (3) Y lo segundo, si en la division se pusieron palabras amplias, y eficaces, v. g. *Si dixeron que de las cosas divididas ninguno habia de poder repetir, ni exigir jamás del otro coheredero cosa, ni parte alguna, aunque de hecho, y por derecho le tocase, y pudiese tocar, porque lo renunciaban todo, y se lo condonaban mutuamente para siempre*, pues entonces se presume que el nieto quiso dividir, y renunció el fideicomiso. (4) Lo qual

(1) Ley Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. de Verbor. obligation. & ibi. Bart. quæst. 1. Paul. y Bart. in leg. Tres fratres, ff. de Pact. Alex. consil. 104. y consil. 208. lib. 6.

(2) Ley Cum pater, §. Hæreditate, ff. de Legat. 2. Bart. in dict. §. Duo fratres quæst. 5. n. 18. y quæst. 6. n. 19. & cæteri DD. Roman. consil. 403. n. 1. Alex. consil. 38. n. 7. vol. 5. y consil. 208. n. 4. vol. 6. Curt. Junior consil. 23. n. 1. y consil. 52. n. 13. Aretin. consil. 44. n. 7. Boer. decis. 147. n. 4. Ruin. consil. 99. n. 10. y sig.

(3) Paul. de Castr. in dict. §. Duo fratres col. 3. Rip. & Alex. col. 9. idem Alex. consil. 110. n. 11. vol. 7. Mascard. conclus. 770. vol. 2. Menoch. consil. 86.

(4) Joan. Andr. in Addition. ad Speculat. tit. de Testam. n. 27. vers. Sed qui si: litter. F. Curt. Junior consil. 49. n. 4. lib. 3. Cravet consil. 24. n. 12. vers. Amplius. Menoch. dicho consil. 86. n. 28. Bursat. consil. 86. n. 12. y 13. lib. 1. Roland. consil. 34 col. 19. y 20. lib. 4.

qual se entiende, teniendo ciencia de éste, y haciendo constar que la tenia, y no en otros terminos: (1) pues la renunciacion por general, y amplia que sea, no comprehende lo ignorado, y ninguno se presume renunciar el derecho que ignora tener. (2)

29 La mejora se puede hacer *expresa, y tacitamente*: expresamente, quando en la donacion usa el testador, ò donante de la palabra *mejoro*, ù otra equivalente. Y tacitamente, quando hace donacion simple al descendiente sin causa alguna expresa de mejora: en cuyo caso se presume que le mejora en lo que le dona, y asi no se le ha de imputar en su legitima. (3) Lo qual se entiende, excepto que conste lo contrario de la voluntad del donante, pues siempre se debe atender à la mente de los contrayentes, (4) y recurrir à las congeturas, por las quales si consta que el padre, ò madre quisieron donar, será mejora la tradicion de lo donado, como la expresa donacion simple. (5)

30 De lo expuesto se prueba, que si el padre entrega à su hijo emancipado cierta cantidad de dinero, aunque sea grande, para que en suelo suyo construya un edificio, ò plante viña, ù olivar, (el que de otro modo no construiria, ni plantaria) es visto que se la dona, y por consiguiente que le mejora en ella, como dixo el doctisi-

(1) Bart. in dict. leg. Duo fratres quæst. 13. n. 13. Menoch. dicho consil. 86. n. 56. lib. 4. Ruin. consil. 137. n. 15. vol. 2.

(2) Bart. & DD. in leg. Si de certa, Cod. de Transaction. Cephal. consil. 218. n. 18. y consil. 222. n. 11. vol. 2. Fulgos. in leg. 2. n. 5. Cod. de Rescindend. vendition. Alex. consil. 14. vol. 2. Aretin. consil. 33. n. 9. Decio consil. 530. n. 11. y 12.

(3) Tello en la ley 26. de Toro n. 1. Matienz. en la 10. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 2. Angul. en ella glos. 2. n. 7.

(4) Ley Obligationum substantia, ff. de Obligation. & action.

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

simo Jurisconsulto Ulpiano: (1) y que si compra alguna cosa en nombre de él, y se la entrega, le hace donacion de ellas, y asi adquiere su dominio. (2)

31 Lo mismo procede, si su madre lo redime de cautiverio, (3) ò si no teniendo, ni administrando bienes suyos, le dá alimentos: pues se presume que lo practíca movida de piedad, y con animo de hacerle donacion; (4) cuya presuncion es por razon de la sangre, y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los quales se considera grande equidad, y estudio de los padres, para que sus hijos no perezcan; (5) y asi no se les deben imputar en su legitima estas, y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante. De lo qual trataré mas latamente en el capitulo siguiente con motivo de las colaciones.

32 Se entiende que hay mejora, quando el padre testando entre hijos, nombra à uno, ò mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente, ò injustamente exheredando à los restantes, ò instituyendo à todos, pero dexando à alguno, ò algunos menor parte de herencia, que la que por sus legitimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo, ò hijos instituidos por universales he-

re-

(1) Ley Sed si mors 13. §. fin. ff. de Donation. inter vir. & uxor. Paul. in leg. Cum quid n. 11. ff. de Reb. credit. si cert. petat. Mascard. conclus. 554. n. 52. y 53. vol. 1. de Probat.

(2) Ley Filiæ cujus 18. & ibi. Bart. & DD. Cod. Familiæ erciscund. y ley Si emancipatis 2. Cod. Si quis alteri, vel sibi.

(3) Ley Liber captus, Cod. de Captiv. & ibi. Bald. Decio consil. 628. n. 8. Alciat. regul. 1. præsumpt. 32. n. 2. Menoch. de Arbitr. cas. 88. n. 29.

(4) Ley 1. y ley Alimenta, Cod. y ley Nesennius, ff. de Negot. gest. y ley penult. tit. 12. Partid. 5.

(5) Ley Si quis à liberis, §. Utrum 2. y §. Si mater 14. y ley penult. ff. de Liber. agnoscend.

rederos, no solo percibirán su legitima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio, y quinto, si el testamento contiene la *clausula codicilar*, (cuyos efectos expliqué en el cap. 1. de mi primera parte §. 18.) y la solemnidad de testigos, y no de otra suerte: y los preteridos, ya sean los que à la sazon viven, ò los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados especifica, ni genericamente, segun expuse en dicho cap. §. 20. n. 219. ò los injustamente exheredados, ò perjudicados en su legitima, percibirán unicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravarsela, y desfalcarsela, (1) pues la clausula codicilar hace que el testamento valga del modo que por Derecho puede valer, que segun el nuestro es el expuesto. Sobre lo qual he visto caso práctico asi resuelto; pero nombrandolos, aunque no sea sino genericamente, no procederá lo explicado.

23 Haciendo el padre en su testamento, ò en otra ultima voluntad algun legado à su hijo, ò descendiente, è instituyendole por su heredero igualmente con los demás, ¿se dificulta, si este legado se le ha de imputar en parte de legitima, ò entenderse donacion, y por consiguiente mejora? Y sin embargo de que algunos dicen que en parte de legitima, porque en duda mas parece que quiere pagar el debito, que hacer donacion, segun Dere ho, (2) à menos que otra cosa conste de su voluntad: no obstante, lo contrario es lo veridico, y asi se debe estimar como mejora, del mismo modo que si fuera donacion

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 86.

(2) Ley Cum de indebito ff. de Probation.

cion inter vivos, y no imputarsele en legitima: (1) y la razon es: Lo primero, porque el legado es cierta donacion hecha en ultima voluntad, que el heredero debe dar al legatario, (2) lo qual se prueba claramente de la ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 5. *Recop.* y dice: *Si el padre, ò la madre en testamento, ò en otra qualquier ultima voluntad, ò por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion à alguno de sus hijos, ò descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio, ò en el quinto, entiendese que lo mejoran en el tercio, y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que à él, ni à otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos, que vala fasta en la quantidad del dicho tercio, y quinto, y legitima de lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.* Lo segundo, porque en testamento, ni en otra ultima voluntad muy rara vez se hace donacion en fuerza de contrato entre vivos, aunque puede hacerse: y la ley se debe adoptar à las cosas que comunmente acaecen, como dice el Derecho. (3) Y lo tercero, porque si el padre quisiera que se imputase al hijo en su legitima, lo expresaria, y por no haberlo expresado, y sí instituido al legatario por heredero con los demás

(1) Ley A patre, y ley Nec emancipati, Cod. de Collation. ley In donationibus, Cod. ad leg. Falcid. y ley 10. tit. 6. lib. 5. Recop. Segur. in leg. Unum ex familia 77. §. Sed, & si n. 57. y 154. ff. de Legat. 1. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, §. 5. quæst. 5. n. 3. y sig. Matienz. en la ley 10. glos. fin. tit. 6. lib. 5. Recop. Angul. de Melioration. en dicha ley 10. tit. 6. glos. 1. n. 3. al 5. Palac. Rub. en la ley 26. de Toro n. 1.

(2) §. 1. Institut. de Legat. ley Legatum, ff. de Legat. 2. y ley 1. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley Nam ad ea 5. ff. de Legib.

más, es visto que quiso mejorarle en el prelegado que le hizo.

34 Procede lo referido, no solo quando le instituye por su heredero igualmente con los demás, sino aunque le instituya simplemente por tal: porque esta simple institucion se estima en Derecho por iguales partes. (1) Y procede tambien, no solo para con el hijo varon, ù otro descendiente, sino para con la hija, ò nieta, pues aunque no puede ser mejorada en contrato entre vivos, por razon de dote, ni casamiento, segun la ley, (2) como en el num. 87. diré; pero si en testamento, ù otra ultima voluntad, porque ninguna prohibe que sus padres, ò ascendientes legitimos las mejoren, ò hagan legados, como en el 89. expondré. (3)

35 De lo expuesto se deduce, que si el testador no dispone del quinto, y es de mucho valor la cosa legada, se ha de computar primero ésta en el tercio, y quinto: y si excede al importe de ambos, aplicarse al legatario el exceso en cuenta de la legitima, que de los bienes del testador le corresponde, y no imputarsele en ésta su total. Y si dispone de él, se le imputará en el tercio, y el sobrante si lo hubiese, en su legitima, pues lo contrario es opuesto à lo resuelto por la ley 26. de Toro, cuya inteligencia en la forma explicada está comunmente recibida, y segun Derecho, (4) se debe observar el orden de las palabras

(1) Ley Quoties, §. Hæredes, ff. de Hæredib. instituend. ley 17. tit. 3. Partid. 6. y §. Si plures institut. eod. tit.

(2) Ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop.

(3) Roxas de Succes. abintestat. cap. 3. n. 4. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 20. n. 5. y sig. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 59. n. 15. Acev. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. n. 17. Matienz. en ella glos. 2. n. 4. y glos. 3. n. 2.

(4) Ley Nec enim 6. ff. de Solutionib. ley Si mihi 12. §. 3. ff. de Legat. 1. y ley Generaliter 24. §. Quid ergo 17. ff. de Fideicommissariis libertatib.

labras, quando de ellas consta el espiritu, y la mente de la disposicion legal. Lo que tendrá presente el Contador, para no incidir en absurdos, ni causar perjuicios.

36 Y aunque *Acev. en la ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. num.* 6. queriendo conciliar las opiniones acerca de la dote, y donacion *propter nuptias*, distingue entre la donacion expresa, y tacita, diciendo, que quando la dote se dá simplemente à la hija, y no por via de donacion, se la debe imputar primero en su legitima: y quando es por via de donacion, en el tercio, y quinto, y el exceso en cuenta de legitima, no es verdadera esta doctrina, y asi no debe seguirse: Lo primero, porque quando el padre dá dote à su hija, lo hace por necesidad, y por la obligacion, que segun Derecho, tiene de dotarla: por lo que es visto darsela con animo de que se la compense con su legitima, (1) y asi se le debe imputar en ésta; (2) y la misma razon versa en la donacion *propter nuptias*, porque el padre puede ser compelido à hacersela. (3) Lo segundo, porque la dote, y donacion *propter nuptias* son colacionables, segun diré en el cap. 3. y como tales se imputan en cuenta de legitima, (4) y asi no pueden ser gravadas con la restitucion de fideicomiso, como la mejora. (5) Y lo tercero, porque no vienen, ni se comprehenden en el nombre generico de donaciones, (6) pues la dote

(1) Authent. Præterea, Cod. Unde vir, & uxor.

(2) Ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. y ley 3. tit. 15. Partid. 6.

(3) Ley final, & ibi. Bald. & DD. Cod. de Dotis promission.

(4) Leyes 29. de Toro, y 3. y 4. tit. 15. Partid. 6. Palac. Rub. en dicha ley 29. de Toro n. 5. Bald. en la Jubemus, Cod. ad Velleyan.

(5) Bart. in leg. A filia, & in leg. Lucius, §. Maritus, ff. ad Trebellian. Bald. in leg. Cum virum n. 10. y Padill. n. 20. Cod. de Fideicommis. Nata consil. 255. n. 8. lib. 2 Corn. consil. 35. lib. 4. n. 1. Alex. consil. 20. n. 10. lib. 3.

(6) Palac. Rub. en dicha ley 29. de Toro n. 5. cit.

te succede en lugar de legitima, (1) y es patrimonio propio de la hija, (2) por lo que una, y otra se deben imputar en legitima, excepto que el testador mande expresamente lo contrario, y mejore al hijo en la que le haga: lo qual no sucede con otras donaciones voluntarias.

37 Si el testador dixo en su testamento: *Mi hijo Pedro me quitó cien doblones*, ò dixo: *A mi hijo Pedro di cien doblones quando se casó, ò para ciertas cosas, mando que los colacione, y trayga à particion con sus hermanos, y se le imputen en su legitima.* Y el hijo niega haber recibido de su padre, ò quitadole los cien doblones, y no hay mas prueba que la confesion de su padre, se pregunta, ¿si en este caso se entienden mejorados los demás, y se ha de estar à la mera confesion? Y se responde, que si el padre no mejoró à los demás hijos, valdrá hasta en lo que alcance el tercio, y quinto, y no en mas, à favor del hijo, porque en estos puede gravar à algunos de sus herederos legitimos. Lo qual se entiende, aunque no sea verídica su asercion, porque la demostracion falsa no vicia el legado de cantidad, ò cosa cierta hecho en utilidad de los hijos. (3) Y si los mejoró en el tercio, y quinto, no valdrá, ni se debe estar à ella en perjuicio de la legitima del hijo, que niega la extraccion, ò recepcion de la suma que dice su padre, (4) y asi deberá percibir su legitima integra el referido hijo.

Pe-

(1) Ley Titio fundus, §. Titio genero, ff. de Conditionib. & demonstration.

(2) Ley Pomponius, ff. Familiæ erciscundæ.

(3) Ley Demonstratio falsa 17. §. Quod autem, ff. de Conditionib. & demonstration. ley Lucius 93. §. Semproniæ, ff. de Legat. 3. y §. Sed si uxori maritus, institut. de Legat.

(4) Ley Rationes, y Authent. Quod. obtinet, Cod. y ley Qui testamentum, ff. de Probation. y ley 3. tit. 14. Partid. 3. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. & ibi. Aillon. Ayor. part. 1. cap. 5. n. 12. y 13. Morquech. de Division. lib. 3. cap. 3. n. 56. al 59.

38 Pero si dice: *Mejoro à Juan, y Diego mis hijos en tanta cantidad, que Pedro tambien mi hijo me quitó.* Y esta asercion paterna no consta por otro medio, que por su mera confesion: parece que será aerea, y se frustrará la mejora, porque de nada fue hecha, respecto no acreditarse legalmente su certidumbre, al modo que si dixese: *Lego à Francisco ciento, que Antonio me debe.* Será inutil este legado, no haciendose constar el debito. (1) Mas no obstante, vale la mejora, porque hay diferencia entre los dos casos: pues quando las palabras del testador se dirigen al heredero, v. g. si dice: *Lego à Pedro ciento que le debo*, parece que su voluntad es gravarle para que dé aquello que lega; (2) pero quando habla de tercera persona, como en el ultimo caso de Francisco, y Antonio, no es visto que quiere gravarle à dar lo que expresa. (3)

39 Donando en vida simplemente, y entregando el padre à un hijo algun fundo, se contempla mejorado tacitamente en él: por lo que si su valor excede al tercio, y quinto del que (incluyendolo) tienen los bienes del donante quando fallece, ha de llevar el exceso en cuenta de la legitima: y si excede tambien à ésta, debe restituir el exceso à los coherederos. (4) Lo mismo se debe practicar, quando le mejora expresamente, señalandole, y entregandole los bienes de la mejora, atendiendose, y computandose en todo evento el valor de los del mejorante, ò donante al tiempo de su muerte, unido con el de los entregados.

(1) Leyes Si sic legatum 75. §. 1. al fin, y Non quocumque 82. §. Qui cajum, ff. de Legat. 1.

(2) Dicho §. Sed si uxori, institut. de Legat. Morquech. lib. 3. cap. 2. n. final.

(3) Ley Si damnatus hæres, ff. de Liberation. legat. glos. in leg. Legavi, §. Contra autem, verb. Legata, ff. eod. tit.

(4) Leyes 26. y 29. de Toro, y ley 2. Cod. de Inofficios. donationib. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 63. Parlador. differ. t. 150. §§. 1. y 3. Gom. en la ley 29. cit. n. 30. vers. Pulchrum.

gados, para excluir la querella de inoficiosidad, y no al de los que tenia quando le mejoró, ya fuesen mas, ò menos, (1) como explicaré latamente en el siguiente capitulo.

40 Supuesto que esta donacion se conceptúa ser mejora, ¿se duda, si se ha de imputar en el tercio, ò en el quinto, y de quál se ha de entender primero, en el caso de que su valor no alcance à completar el de ambos? Y parece que deberá entenderse del quinto, respecto à que, por la ley 214. del estilo, que está en uso, se manda deducir primero, que el tercio por favor de la alma del testador, ò donante: y quando no consta claramente de la voluntad de éste, se entiende disponer, ò contraer segun la costumbre de la region en que hace la disposicion, ò contrato. (2) O que si equivale al tercio, se imputará en él, ò en el quinto, si equivaliese à su importe, pues aquello se entiende hecho, que de la qualidad de la cosa se colige: y asi de la del precio se infiere si fue venta, ò locacion la que se hizo. (3) Y si lo que le donó equivale à su legitima, parece que quiso anticiparsela en vida, como pudo, y que asi deberá colacionarla; (4) sin que se deba parar en que exceda, ò no llegue al tercio, quinto, ò legi-

(1) Leyes 19. 23. 26. y 29. de Toro, leyes Cum quæritur 6. y Parentibus arbitrium 8. & ibi. DD. Cod. de Inofficios.testam. ley. Quotiens, Cod. Familiæ erciscund. y §. Igitur institut. de Inofficios.testam.

(2) Ley Semper in stipulationibus, ff. de Regul. jur. ley Quod si nollit, §. Quia assidua, ff. de Ædilitio edict. ley Si fundus, ff. de eviction. ley Si prius, §. Placuit, ff. de Aqua pluv. arcend. y cap. Cæterorum de Donation.

(3) Bart. in leg. 1. §. Qui superficiem, verb. Agendo, ff. de Superficieb. & in leg. Patronus, §. 1. col. 2. ff. de Legat. 3. Alex. consil. 26. lib. 4. Aretin. consil. 6. col. penult. Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 33. Partid. 7. glos. 4.

(4) Ley Cum quo de Peculio, §. fin. ff. ad leg. Falcid. Gom. en la 29. de Toro n. 28. al fin.

gitima en poca suma, porque lo poco por nada se reputa. (1)

41 Sin embargo de lo expuesto, digo, que no se debe imputar, ni entender del quinto, ni legitima, sino estimarse como tercio, ò parte de él: (2) Lo primero, porque como el quinto es la unica hacienda del testador, es visto haber querido reservarlo para disponer de él à favor de su alma, ò en otras cosas à su arbitrio: y de entenderse serlo, y no tercio, resultaria, que el mejorado estaba obligado à pagar de él no solo el funeral, y Misas, sino los legados pios, y graciosos: lo qual no puede ser, porque solo en quanto al funeral necesario, y moderado, Misas, y descargos de su conciencia, es revocable, como he sentado en el cap. 1. de este libro num. 43. y 47. para que no se verifique intestado el donante; y no estando, como no está, obligado à cumplir cosa alguna de estas del tercio, porque es parte de legitima, y no puede ser gravada, se seguiria, que ò se le habia de gravar en él, ò no se habia de cumplir enteramente la voluntad del donante. Lo segundo, porque si despues de donado el fundo, legase à un extraño el quinto de sus bienes, es indubitable que el valor del fundo se tendria por tercio, ò parte de él, al modo que si por su alma hubiera dexado el quinto: y debiendo observarse en el todo su voluntad, si se puede, sin infringir la ley, se debe entender por eso ser tercio, y no quinto. Lo tercero, porque en duda siempre se presume que todos quieren, y procuran gravarse, y dar lo menos que pueden, y que hacen lo que qualquiera

(1) Ley Scio, ff. de In integrum restitut. ley 1. §§. 8. y 9. y ley 4. al fin, ff. de Ædilitio edict. y ley 60. al fin, ff. de Re judicat.

(2) Angul. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. 5. n. 1. Castill. en la 26. de Toro n. 2. Gom. en la 29. n. 30. vers. Tertio in quantum.

ra prudente, y diligente haria: (1) Es asi, que si la donacion del fundo se entendiese del quinto, se quitaba la facultad de testar libremente de el integro, lo qual no es creible quisiese: luego se debe entender del tercio. Y lo quarto, porque la disposicion, y contrato dudosos se han de interpretar segun lo que es mas verosimil quisieron el testador, y contrayente, y es mas apto para que su voluntad, y estipulacion tengan efecto. (2) Por cuyas razones se ha de entender, y computar en el tercio; y si sobrase algo, en el quinto, ya lo dexe por su alma, ò à extraño, ò disponga de él à su arbitrio en otras cosas.

42 Haciendo el padre donacion, y tradicion del fundo al hijo para casarse, si muere antes que su padre, sin dexar hijos, y en vida lo vendió, y entregó al comprador, ¿se duda, si los coherederos podrán reivindicar lo de éste en la parte en que su valor excedió à la legitima, y mejora? Y parece que sí, segun afirma *Ayora part.* 2. *quest.* 34. fundandose, en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva à su padre, porque mientras vive, ni hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, (3) ni hasta que muera se le debe la legitima. (4)

43 A los fundamentos de esta opinion se responde lo primero, que aunque el padre mientras vive no puede tener heredero, esto se entiende, siendo extraño, mas no siendo hijo, porque éste se llama heredero de su padre en vi-

(1) Ley Et magis, ff. de Solutionib. y ley Nummis 75. ff. de Legat. 3.

(2) Leyes Quotiens 20. In obscuris 114. y Ea, quæ 192. ff. de Regul. jur. y ley Cum in testamento 24. ff. de Reb. dub. Ayor. part. 2. quæst. 4. Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. 22. col. 3. n. 13.

(3) Ley Qui superstitis 94. ff. de Acquirend. hæreditat.

(4) Ley 1. §. Si impuberi, ff. de Collation. bonor. Authent. Novissima, y Authent. Unde, & si parens, Cod. de Inofficios. testam.

vida, (1) y quasi dueño de sus bienes. (2) Lo segundo, que no obstante no debersele la legitima, ni poder ser compelido el padre à entregarsela, pero puede pagarsela en vida, previniendo el tiempo de su muerte; (3) y quando le dá algo por cuenta de ella, se dice mas bien que le anticipa, ò paga antes de tiempo, que que le dona, y por lo mismo vale, (4) pues el hijo se titúla acreedor à ella en vida de su padre. (5) Lo tercero, que la donacion hecha al hijo, estando baxo de la patria potestad, se confirma con la muerte del padre, si no la revoca: (6) y sin embargo de que por Derecho comun no se la podia hacer, (7) pero sí en compensacion de su legitima, y valia. (8) Y lo quarto, que al modo que la donacion hecha à la hija por causa de dote, es válida, (9) y ésta se dá en parte de legitima, y succede en su lugar; (10) del mismo modo la donacion por causa del matrimonio con cierta persona succede en lugar de la *propter nuptias*, y asi vale, y no se puede revo-

(1) Bart. & DD. in leg. Gallus, §. Etiam si parente, n. 2. ff. de Liber. & posthum. Socin. in leg. Si filius qui patri, n. 16. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution.

(2) Ley In suis, ff. de Liber. & posthum. y ley 21. tit. 3. Partid. 6.

(3) Dueñ. regul. 223. n. 5. Acev. en la ley 1. n. 31. tit. 6. lib. 5. Recop. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 3. n. 7.

(4) Ley Sed si vir, §. Quod vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(5) Ley Et quia, ff. Pro socio, ley Si quis legatum al fin, ff. de Fals. y ley ultim. §. Sin autem, Cod. de Curator. furios. Bart. in leg. ultim. ff. de Liber. agnoscend.

(6) Ley Cum de Bonis, y ley Quæ emancipatis, Cod. de Donation. y ley Donationibus in concubina, §. Si pater, ff. eod. tit.

(7) Ley Donationes quas parentes, Cod. de Donation. inter vir. & uxor.

(8) Angel. in leg. Si non mortis, ff. de Inofficios. testam. Jason in leg. Frater à fratre, vers. Septimo limita, ff. de Condition. in debit.

(9) Ley Pomponius Filadelphus, ff. Familiæ esciscundæ.

(10) Ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. Bart. in leg. Titio centum, §. Titio genero n. 6. ff. de Conditionib. & demonstrationib.

vocar, (1) pues corre parejas con la dote, por lo que el padre puede ser compelido à hacerla à su hijo. (2)

44 De lo expuesto se sigue, que el hijo se constituyó verdadero dueño del fundo, y legitima por la causa, por que se le dió, y por su tradicion, y que como tal pudo haberlo enagenado, pues cada uno es dueño de disponer de lo suyo à su arbitrio, como dice el Derecho: (3) y una vez enagenado legitimamente, no se puede retratar, aunque despues llegue el caso, y se advierta, que si antes de hacerlo hubiera sucedido, impediria que se perfeccionase la venta. (4) A mas, de que por el hecho de donarlo el padre à su hijo, es visto haber consentido en su enagenacion, como sucede en los bienes profeticios, quando le concede su administracion. (5)

45 Si el padre, ò la madre estando poseyendo algun fundo, ù otra finca con el gravamen de no enagenarlo, y sí de restituirlo à alguno de sus hijos despues de su muerte, mejoró al uno de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes, y falleció sin hacer la restitucion, ni mencion del fundo, parece que el mejorado llevará en él la parte correspondiente à la mejora, y que por consiguiente, no solo se deducirá ésta del valor de los demás bienes del mejorante, sino tambien de el del fundo. Pero lo contrario es lo cierto, y asi no llevará el hijo mejorado como tal

(1) Ley 17. de Toro, y en ella Tello n. 78. y ley 3. tit. 15. Partid. 6. Angul. de Melioration. in leg. 9. glos. 4. n. 7. Ayor. part. 2. quæst. 18.

(2) Ley fin. & ibi. Bald. Cod. de Dotis promission. ley 3. cit. y ley Jubemus, Cod. ad Senatus consultum Velleyan.

(3) Ley In re mandata, Cod. Mandati.

(4) Ley Sancimus, Cod. de Administrat. tutor. ley In ambiguis 85. §. Non est novum, ff. de Regul. jur.

(5) Ley 1. §. Adipiscimur, ff. de Acquirend. possesion. ley Quod servus al fin, ff. de Solutionib. Morquech. lib. y cap. 3. dichos ex n. 15. hasta el fin.

tal parte alguna de él, por no ser propio del mejorante, antes bien lo tendrá, y poseerá igualmente con todos sus hermanos como acreedores à él, mediante no haberlo restituido à ninguno, pues por esta omision, y silencio es visto haber querido restituirlo à todos; por lo que la mejora se deducirá unicamente de los demás bienes, que el mejorante haya dexado como suyos, porque en ellos le pudo mejorar, pues el gravado à restituir indistintamente à uno de una familia, puede hacer la restitucion à dos, ò mas de la propia familia. (1)

46 Como regularmente quando hay mejora de tercio, y quinto entre los descendientes legitimos del testador, se nombra primero el tercio, que el quinto, suelen dudar algunos quál se ha de deducir antes del cuerpo de su caudal liquido, y efectivo. Y parece que segun el orden de las palabras de la disposicion, y comun estilo de hablar, se ha de baxar el tercio. Pero lo contrario es lo cierto, y asi el quinto dexado en un mismo testamento, ò contrato se debe deducir ante todas cosas del acerbo de la efectiva herencia por favor del alma del mejorante, para que sea de mayor valor, y por las demás razones expuestas en el cap. 1. de mi primera parte §. 5. num. 78. no habiendo fuero, ò costumbre contraria; lo qual está dispuesto por la ley 214. del estilo, que declarando la 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, dice en su segunda parte: *Y es à saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no hay otro fuero, ni costumbre que sea contra ley, que sacan primero por razon del alma hí quinto de quanto obiere, y mandarlo há à quien quisiere, y de todo lo al que fin-*

(1) Ley Pater filium, & ibi. DD. ff. ad leg. Falcid. ley Unum ex familia, §. Si duos, ff. de Legat. 2. & ibi. Paul. Ayor. part. 2. quæst. 27.

finca, mejorará alguno de sus hijos, y mandarle há el tercio, y asi se usa esta ley, y se observa regularmente en estos Reynos de Castilla. Y el modo de girar la cuenta es, hacer cuerpo de todo el caudal del difunto, deducir de él todas las deudas, pues hasta que se deducen no hay herencia; sacar luego de lo liquido la quinta parte, y del residuo despues de sacada ésta baxar el tercio, y el resto (baxados ambos) dividirlo en tantas partes iguales, quantos son los herederos, incluso el mejorado, ò mejorados, si tambien lo son, pues no siendolo, (v. g. por ser nietos, que no entran à heredar, à causa de estar vivos su padre, ò madre) se dividirá entre los instituidos por tales. (1) Pero es de advertir al Contador, que quando el testador dexa à su favor deudas cobrables, dudosas, y fallidas, ò de qualquiera de estas clases, y bienes fructiferos, è infructiferos, y mejora indistintamente en el tercio de todos los suyos, ò en el quinto, ò en ambos à alguno, ò algunos de sus herederos, debe sacar mejora, hacer prorratéo, y liquidacion de cada una de estas especies, de modo que cada interesado lleve en ellas lo que le corresponda, y aplicarle proporcionalmente su parte, segun la voluntad del testador, y de esta suerte procederá con justificacion, y ninguno será perjudicado.

47 Lo mismo que queda sentado debe practicarse quando la mejora se hace en un instrumento, procede quando se constituye en dos, v. g. parte en testamento, ò contrato, y parte en codicilo, ya sean uno solo, ò dos, ò mas los descendientes mejorados en ellos, pues de qualquie-

(1) Gom. y Castill. en la ley 17. de Toro n. 2. Matienz. en la 1. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 2. Rodrig. Suar. in Repetit. leg. Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testam. fol. 88. col. 4. vers. Modus practicandi. Angul. de Melioration. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. 5. n. 2.

quiera suerte se ha de deducir primero el quinto. Bien que si es uno solo el mejorado en ambos, lo propio es sacar éste antes, ò despues, que aquel, como el Arismetico lo puede ver demonstrado, haciendo la cuenta, v. g. asciende el caudal liquido partible à quince, si se saca primero el quinto, importa tres, y quedan doce, de los quales el tercio son quatro, por lo que por tercio, y quinto, baxando primero éste, le tocan siete. Y si se baxa antes el tercio, serán cinco, y quedan diez, de los quales el quinto son dos: y asi le tocan los mismos siete, porque cinco, y dos los componen, al modo que tres, y quatro.

48 Se limíta la conclusion sentada en el num. 46. quando el mejorante manda, que el tercio se deduzca antes que el quinto, si son dos los mejorados, ò aunque sea uno solo, ò dispone à favor de uno de sus descendientes del tercio, y à favor de otro, ò de extraño, ò por su alma del quinto, pues entonces se observará su precepto: lo uno, porque la previa deduccion del quinto se ha establecido à su favor, para que tenga mas de que disponer por su alma, ò en lo que quisiere: por lo que puede renunciar este beneficio à favor del mejorado en el tercio. Y lo otro, porque las leyes le permiten mejorar al hijo, ò descendiente en el de todos sus bienes, y asi puede usar de su literal, y ordinal permision, y mandar que se deduzca primero que el quinto, (1) por no estarle prohibido, antes sí permitido renunciar lo que en su privativo beneficio está establecido. (2)

49 Se limíta tambien, quando por contrato entre vivos irrevocable hizo mejora del tercio à favor de un descendiente legitimo, con entrega de los bienes, ò de su po-

se-

(1) Cifuentes en la ley 25. de Toro al fin.

(2) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

sesion verdadera, ò ficta, y por ultima voluntad del quinto à favor de otro, ò de un extraño, ò dispuso de éste en otros fines: pues en este caso se deducirá primero el tercio, y disminuirá el quinto: y la razon es, porque mucho antes que el legatario de éste adquiriese derecho à él, ya el mejorado en el tercio lo tenia adquirido à su importe en el de todos los bienes del mejorante: por cuya razon careció de potestad para legar quinto de parte del tercio, que tocaba integramente al mejorado en él, sino quedando siempre salvo en el total de sus bienes. (1) Lo qual se entiende, aunque el instrumento revocable en que se donó, ò legó el quinto, se otorgue antes que el irrevocable del tercio, porque éste inmediatamente surtió su efecto, y aquel no, hasta que se confirmó con la muerte del otorgante, desde la qual empieza à tener vigor, por no poderlo revocar ya; ni tampoco poderse retrotraer, por faltar los extremos habiles que en el donatario se requieren al principio, y fin; al principio, por la qualidad del instrumento, y falta de tradicion de lo donado; y al fin, por el obstaculo de la donacion irrevocable, que precedió à la revocable, y prestó titulo, y dominio al mejorado en el tercio antes que el del quinto principiase à tenerlo.

50 Pero para hacer la deduccion del tercio integro, ò de la parte que de él señale el testador al mejorado, se ha de tener consideracion à lo que valen sus bienes quando muere, y no à lo que valian quando hizo la mejora: (2) y la razon es, porque el tercio es legitima, y el valor de és-

(1) Angul. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 2. n. 3. Cifuent. en la 17. de Toro al fin.

(2) Ley 23. de Toro, que es la 7. tit. 6. lib. 5. Recop.

ésta se atiende al tiempo de la muerte, y no en vida; (1) por lo que si quando el testador la hizo tenia pocos bienes, y al tiempo que fallece tiene muchos, se deducirá, y pagará el tercio al mejorado del importe de estos: y si por el contrario tiene pocos, percibirá menos, aunque entonces tuviese muchos, pues no hay eleccion de tiempos, ya se haya entregado en vida el todo, ò parte de la mejora al mejorado, ò nada: y solo en el caso de tradicion se unirá su importe al cumulo del caudal partible, y hecho todo un cuerpo, se deducirá de ello la mejora, y verá si cabe, ò no, ò tiene mas que haber en cuenta de ella. De lo qual trataré con toda extension, y claridad en el capitulo siguiente §. 4. ex num. 134. con motivo de la colacion.

51 Lo propio milíta en qualquiera donacion de cosa, ò cantidad hecha simplemente à un hijo, ò descendiente, pues tiene fuerza de mejora, y el donatario se entiende mejorado en ella, segun la ley 26. de Toro, ya sea válida quando se hace, ò inválida, hasta que con la muerte del donante se confirme, (2) no mandando éste al tiempo de su constitucion que la colacione, pues si lo manda entonces, siendo irrevocable, ò despues, si es revocable, no hay mejora, antes bien deberá recibirla en cuenta de legitima.

52 Mejorando el padre por ultima disposicion à un hijo, ò descendiente en el tercio de sus bienes, y no disponiendo del quinto, se pregunta, ¿quál de los dos se ha de baxar primero, y cómo se ha de hacer la deduccion en

(1) Ley Cum quæritur 6. y ley Omnimodo 30. Cod. de Inofficios. testam. y ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. eod. tit. Gom. y Cifuent. en la 23. de Toro. Castill. en la 19. n. 6. y 7. Sr. Covar. in cap. Quamvis pactum part. 3. §. 1. n. 2.

(2) Gom. y Cifuent. en dicha ley 23. de Toro. Tello en ella n. 15.

en caso que los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados no solo quepan en el quinto, sino que sobre algo de éste despues de deducidos? V. g. dexa el padre 150. ducados, y los gastos, y legados referidos importan 10. Parece que segun la ley del estilo, que en estos Reynos de Castilla está en viril observancia, se debe baxar primero el quinto, que son 30. y de los 120. restantes sacarse el tercio, que importa 40. y aplicarlo al mejorado en él: y luego dividir los 20. que sobran del quinto, (baxados los 10. importe de los legados, gastos funerarios, y Misas) y el resto de la herencia entre todos los herederos igualmente, incluso el mejorado.

53 Pero con este modo de deduccion sale perjudicado gravemente el mejorado: y asi primero se ha de sacar en dicho caso el tercio del remanente del quinto para él: que son 666. ducados, siete reales, y un tercio de otro, y luego de los 120. baxar tambien, y aplicarle los 40. del tercio: y unidos el resto de ellos, (que son 80.) y el del quinto, (que ascienden à 10333. ducados, tres reales, y dos tercios) dividirlos igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado. Y la razon es, porque el testador por el hecho de haber mejorado à su hijo en el tercio de todos sus bienes; ser unicamente suyos propios, y de libre disposicion los del quinto; y no haber dispuesto de éste como podia, es visto haber querido que de él llevase el tercio, al modo que de los demás bienes, que son legitima de sus hijos; pues de lo contrario nada de lo suyo se le dexaba, sino solamente de lo que era legitima, ni se cumplia su voluntad, la qual no fue mejorarle unicamente en el tercio de los bienes que dexaba, baxado el quinto, sino tambien en el de los suyos privativos, que son el residuo de éste. (1) Si

(1) Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 5. n. 10.

54 Si el padre, ò madre mejoró en ultima voluntad à un descendiente legitimo en el tercio de sus bienes, mandó que de él pagase los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, y en ninguna manera dispuso del quinto, deberá satisfacerlo todo del tercio hasta en lo que alcance el quinto, y no mas; y en el exceso de uno à otro se entenderá unicamente mejorado, porque el testador no está obligado à dexarle el tercio integro, ni à mejorarle en cosa alguna, y sí solo à no perjudicarle en su legitima, en la que no le grava; por lo que en verificandose no serlo, no se ha de atender à las palabras de su intencion, sino à ésta, al espiritu de la ley, y à que ésta no se infrinxa. (1)

55 Lo mismo debe practicarse quando el padre mejoró en el tercio de sus bienes à un descendiente suyo, y à otro en el quinto, y mandó, que el mejorado en el tercio satisfaciese, y no el del quinto los gastos de su entierro, y demás referidos, ò que para ellos entregase à éste la mitad del tercio, pues deberá satisfacerlos hasta en lo que alcance el quinto integro de los bienes del mejorante, y no mas, y no el otro, y se entenderá que mejoró, ò distribuyó el tercio entre los dos, dexando de éste mayor porcion al del quinto, que à él. (2) Y la cuenta se hará de esta suerte: v. g. asciende toda la herencia liquida partible à 20ↀ. reales, cuyo quinto son 4ↀ. y el tercio, baxados estos, importa 5ↀ333. y un tercio de otro: en este caso deberá expender hasta en los 4ↀ. de los 5ↀ333. del tercio, y no mas, aunque importen mas los legados, y gastos expresados, y en los 1ↀ333. y un tercio restantes se

(1) Tell. en la ley 28. de Toro col. 1. y en la 30. n. 2. Ayor. part. 2. quæst. 10.

(2) Ayor. ibi. quæst. 11. Tell. ibi.

se entenderá mejorado, que juntos con los 4ª. del quinto, componen los 5ª333. y un tercio del total tercio de la herencia, y asi no se grava la legitima en cosa alguna. Advirtiendo, que si le manda entregar al del quinto la mitad del tercio, y esta mitad no alcanza para los gastos, y demás que hubiere dispuesto, deberá suplirlo el del quinto hasta en lo que falte para completar la quinta parte de los bienes del testador, y no mas, incluyendo lo entregado por el mejorado en el tercio, y se conceptuará mejorado en el residuo, como en parte de tercio.

§. II.

SI LOS ASCENDIENTES PODRAN, ò no revocar hasta su muerte la mejora hecha à sus descendientes legitimos, y se entenderá, ò no revocada, aunque no la revoquen.

56 NO porque los hijos, y descendientes legitimos sean mejorados en contrato, ò ultima voluntad, se constituyen al instante dueños de los bienes de la mejora, ò donacion, de tal suerte, que sea irrevocable: antes al contrario sus padres, ò ascendientes pueden revocar hasta su muerte la del tercio, que hicieron à su favor en testamento, ò en otra ultima voluntad, ò por contrato entre vivos, ya estén en su poder, ò fuera de él, como en su primera parte lo dice la ley 17. de Toro, que es la primera tit. 6. lib. 5. Recop. ibi: *Quando el padre, ò la madre mejorare à alguno de sus fijos, ò descendientes legitimos en el tercio de sus bienes en testamento, ò en otra postrimera voluntad, ò por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que fizo la dicha me-*

mejoria, ò no fasta la hora de la muerte, la pueda revocar quando quisiere:: Lo qual se entiende, aunque les entreguen la posesion de los bienes en la mejora contenidos, si la hicieron en testamento, ò en otra ultima voluntad: y mucho mas si hacen mencion de ésta, porque la tradicion, como accesoria à la disposicion en que se hace, sigue su naturaleza. (1)

57 El que afirma la revocacion, debe probarla, (2) porque como no se contempla mudada la voluntad del que hizo la mejora, (3) no se presume en duda haber revocado ésta; (4) por lo que si el padre mejoró en su testamento à un hijo, ò descendiente legitimo en el tercio de sus bienes, ò en el tercio, y quinto, y despues en codicilo à otro, no se entiende haber revocado la mejora en el codicilo, y por consiguiente ser excluido de su percibo el primero, y que el segundo solo la ha de llevar: antes bien concurrirán ambos igualmente à su goce, como si à un propio tiempo, y en una clausula fueran mejorados; al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos terminos. (5)

58 Lo mismo con superior razon procede, si en el propio testamento, ò en otro acto incontinenti celebrado hi-

(1) Gom. en la ley 17. de Toro ro n. fin. Matienz. en la 1. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 26. y 27.

(2) Ley Si quis ita 3. § Si duobus Titiis 7. ff. de Adimend. legat. y ley Fideicommissa 11. §. Si rem suam 12. ff. de legat. 3. Bald. in leg. Si pluribus, n. 1. ff. de Legat. 1.

(3) Ley Eum, qui 22. ff. de Probation. cap. Licet, de Procurator. in 6.

(4) Alex. consil. 169. n. 5. lib. 5. Hieronym. Gabriel consil. 105. n. 4. lib. 1.

(5) Ley Cohæredi, §. Cohæres, & ibi. glos. & Bald. ff. de Vulgar. ley Conjunctim, ff. de Legat. 3. y §. Si eadem, institut. de Legat. Aretin. in leg. Si pluribus eadem res 33. n. 9. ff. de Legat. 1. & ibi. Jason n. 3. & in leg. Plane 34. §. Si conjunctim 9. n. 8. ff. eod. tit.

hiciere el padre mejora, ò prelegado à dos hijos con separacion: pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad, y revocarlo, (1) no se presume haberlo hecho, mientras no lo diga, (2) porque el amor de él para con sus hijos es igual regularmente, (3) y no es creible que sin motivo se quisiese corregir, y retratar al instante de lo que acababa de practicar. (4)

59 Mejorando el padre à un hijo suyo en cierta suma, que tiene en parte determinada, v. g. en un cofre, si con ella compra despues un fundo, y lo vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe el dinero, ni lo que con él se compró, y subrrogó en su lugar. (5) Pero si el fundo permanece en su poder al tiempo que muere, no se presume revocada, y asi llevará el hijo el fundo, (6) porque (como dixo el Jurisconsulto Papiniano) no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio. (7) Y lo propio milita siendo legado.

60 Si el padre mejora à un hijo en el tercio, ò en él, y en el quinto, y por parte de su importe le consigna los creditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora cobra, y deposita su importe, ò con él compra algun fundo, ù otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte, antes bien el dinero depositado, ò el fundo, con el comprado, y existente en su poder al

(1) §. Transferri, institut. de Adempt. legat.

(2) Ley Ad ea, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(3) Ley Isti quidem 8. ff. Quod metus causa, y ley final, Cod. de Curator. furios. & ibi. glos.

(4) Alex. consil. 47. n. 18. vol. 1. Corn. consil. 308. vol. 1. Mantic. de Conjectur. ultim. voluntat. lib. 12. tit 1. n. 2. Mascard. de Probation. vol. 3. conclus. 128. n. 13. y 14.

(5) Ley Pater 23. & ibi. Bart. ff. de Adimend. legat.

(6) Bart. ibi. Menoch. consil. 144. n. 34. vol. 2.

(7) Leyes Imperator 70. §. fin. Sed quod 71. y Idem servandum 72. ff. de Legat. 2.

al tiempo de su muerte, se subrroga en lugar de los creditos: y asi lo llevará el mejorado, pues lo mismo procede en el legado. (1)

61 Mejorando el padre à un hijo suyo en testamento, si despues en codicilo le lega un fundo, y manda que se contente con éste, se presume revocada la mejora: y asi por razon de mejorado no llevará mas que el fundo, ya equivalga, ò no su valor al de la mejora. (2) Pero si en el mismo testamento le hiciere legado del fundo, no se juzgará revocada la mejora, pues no se presume que incontinenti mudó de parecer, antes sí que le legó el fundo, señalandoselo por parte de ella. (3)

62 Y si despues de haberle mejorado, ò legado el fundo en testamento, lo hipotecó à cierta cantidad que sobre él impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora, ò legado: y asi el heredero debe pagar el empeño, y entregar el fundo al legatario, ò mejorado. (4) Lo qual se entiende, excepto que esté empeñado en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla, pues entonces se contempla revocada, porque se juzga vendido por ella: y asi à nada mas está obligado. (5)

63 Se presume revocada la mejora, ò legado que el pa-

(1) Dicha ley Pater, ff. de Adimend. legat. y ley Filiæ suæ 28. §. Attia uxor, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Mascard. conclus. 1281. n. 89. y 132. Menoch. consil. 254. n. 3. lib. 3. Alex. consil. 169. n. 4. lib. 6. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 4. n. 36.

(2) Ley Peto 69. ff. de Legat. 2. Bart. in leg. Fideicommissa 11. §. Si quis ita, n. 1. ff. de Legat. 3. ley Paula Callinico 27. §. 1. ff. eod. tit. Bald. in leg. Libertæ tuæ 8. n. 29. Cod. de Oper. libertor.

(3) Bart. & Bald. ubi supr. Paul. consil. 136. vol. 1. Corn. consil. 308. n. 1. vol. 4. Decio consil. 7. n. 21. vol. 2.

(4) Ley 3. Cod. de Legat. y ley 40. al medio tit. 9. Partid. 6.

(5) Ley Legata al fin, ff. de Supellectili legat. glos. & Bart. in leg. Qui habebat, ff. de Legat. 3. Bart. Ruin. Alex. y Roman. in leg. Sciendum, §. Possesor, ff. Qui satisdare cogant.

padre hace à su hijo, quando despues de hecho enagena voluntariamente, ò dona la cosa que prelegó. (1) Lo qual se entiende, aunque la enagenacion sea inutil; (2) mas no por la promesa de venderla, ni por arrendarla por tiempo largo. (3) Pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, ya sea por urgencia propia, ò por otra causa onerosa, no se revocará, (4) pues en duda se presume haberla tenido, à menos que se pruebe lo contrario. (5) Bien que si dona la cosa prelegada, se contempla haberlo hecho con animo de revocar la mejora, ò legado. (6)

64 Para mas clara inteligencia de lo expuesto en el numero inmediato, debo sentar, que la revocacion se puede hacer de dos modos: El primero, *por palabras expresas*, y entonces no hay duda que es válida por la ley, pues para ello concede facultad al donante, ò mejorante; y respecto usar de ésta, cesa la donacion, ò mejora. El segundo modo es de *hecho*, que es por la enagenacion, en cuyo caso cesa tambien; porque si por las palabras se revoca, con superior razon por la enagenacion de la cosa donada, por ser mas poderosa la enagenacion, que consiste

(1) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. dicha ley Fideicommissa, y §. Si rem suam, & ibi. glos. & DD. ff. de Legat. 3. y leyes 17. y 40. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley Legatum, §. 1. y ley Et si transferam, ff. de Adimend. legat. Alex. y Aretin. in leg. Servum filii, §. Idem servus, ff. de Legat. 1. Sr. Covar. de Testam. part. 2. n. 21. y part. 3. n. 19. Socin. Senior consil. 104. n. 11. lib. 3.

(3) Alex. consil. 185. n. 3. y consil. 188. al fin lib. 6. Menoch. præsumpt. 167. n. 45. y 93. lib. 5.

(4) Dichas leyes, & ibi. glos. & DD. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 4. n. 22.

(5) Ley Fideicommissa, y § Si rem suam cit. y ley 40. al fin tit. 9. Partid. 6. Tello en la 17. de Toro n. 122. Angel. y Salicet. en la 3. Cod. de Legat. & ibi. Corn. n. 15. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 56.

(6) Dichas leyes 17. y 40. tit. 9. Partid. 6. Morquech. ibi. n. 23.

te en hecho, que la que consiste en meras palabras. (1) A mas de que las donaciones entre padre, è hijo, y entre marido, y muger, se equipáran en Derecho: (2) es asi, que la hecha à la muger se entiende revocada, no solo por la enagenacion, sino por el empeño, ò hipoteca: (3) luego tambien la hecha por el padre à su hijo; pues por el hecho de enagenar la cosa legada, se manifiesta que se arrepintió, y por eso la enagenó. (4)

65 Debo sentar igualmente, que la mejora se puede constituir de tres modos: El primero, por nombramiento de quota cierta, v. g. en el tercio generalmente, en cuyo caso se entiende revocada por la enagenacion de la misma quota, porque dispone de aquello que podia revocar. (5) Y no solo se induce la revocacion quando enagena el todo integral quotitativo, sino quando dona, ò lega alguna parte de aquella quota, pues respecto de esta parte donada, se induce la revocacion de la misma parte, porque es diminucion de la quota. (6)

66 Pero es de advertir, que por la enagenacion en contrato en todo caso oneroso no se induce la revocacion quando la enagenacion fue de cosas particulares de la quota, y en ésta fue hecha la mejora, sino quando fue de la quota, ò de parte de ella; pues pudiendo hacerse la venta de la tercera parte, ò de qualquiera quota, enagenando-

(1) Angul. de Melioration. in leg. 1. tit. 6. lib. 5. glos. 7. n. 1. y 2. Decio en la ley Non omnis 19. ff. de Reb. credit. si cert. petat. n. 14. Matienz. en la ley 10 tit. 6. lib. 5. glos. penultim. n. 8.

(2) Ley Donationes quas parentes, Cod. de Donat. inter vir. & uxor.

(3) Ley Cum hic status 32. §. Si maritus ea quæ 5. ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(4) Tello en dicha ley 17. de Toro ex n. 116. al 119. Angul. en dicha ley, y glos 1. ex n. 5.

(5) Dicha ley Cum hic status, y §. Si maritus, y ley Quæsitum, §. Illud, ff. de Præcario.

(6) Ley Cum quæstio, Cod. de Legat. Bart. in leg. Si alii col. 2. ff. de Usu, & usufruct. legat.

dola, se dice revocada la mejora, que en la misma quota se contiene: y aunque por la enagenacion de la cosa por titulo oneroso no se revoque, se disminuye, porque se debe considerar el tiempo de la muerte, por incluir en sí la condicion respectiva à los bienes que entonces tenga; y en las disposiciones condicionales relativas à la muerte no se induce la revocacion por la enagenacion, y sí solamente la diminucion. (1)

67 El segundo modo es en cosa cierta, de cuyo valor se induce si es mejora, ò no. En cuyo caso se revoca la donacion por su enagenacion, al modo que en el legado; pero con la distincion, de que si ésta fue voluntaria, se entiende revocada, y si fue necesaria, no, quando se hizo por titulo oneroso, v. g. venta. (2) De suerte, que enagenandose por titulo oneroso, se presume en duda haber intervenido necesidad mientras no se pruebe lo contrario. (3) Pero si la enagenacion fue hecha por titulo lucrativo, se entiende revocada, aunque el mismo testador buelva despues à comprarla. (4) En quanto à si para entenderse necesaria, ò voluntaria es preciso intervenga tradicion de la cosa, y recepcion de su precio, ò no, y por consiguiente si se induce la revocacion, vease à Tello en la ley 17. de Toro ex num. 122. al 126. en donde concilia las opiniones que sobre esto hay.

Y

(1) Ley Stichus, qui meuserit, ff. de Legat. 1. ley Scribit Quintus, §. fin. ff. de Aur. argent. legat. Tello ibi n. 121. Matienz. en dicha ley 10. glos. penult. n. 5. tit. 6. lib. 5.

(2) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. y ley Fideicommissa, y §. Si rem cit. ff. de Legat 3.

(3) Ley 40. tit. 9. Partid. 6. al fin. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 56. vers. Et idem disponit lex. Butricar. Angel. y Salicet. relati à Corn. in leg. 3. Cod. de Legat. n. 5. Socin nepos consil. 162. vol. 2. n. 24.

(5) Ley Rem legatam, y ley Cum servus, ff. de Adimend. legat.

68 Y el tercer modo con que se puede constituir la mejora, es generalmente en una quota, v. g. tercio, ò quinto, señalandola el testador en cosa cierta. En cuyo caso si ésta se enagena, ¿se duda, si se entenderá revocada la mejora? Y algunos (1) dicen, que si la enagenacion fue voluntaria, se revoca: si fue necesaria, no: y si fue por titulo lucrativo, se revoca indistintamente, ya sea necesaria, ò voluntaria. Pero la verdad es, que la asignacion no es de la sustancia de la donacion, sino demonstracion de la cosa en que se ha de executar, ò tener efecto: y asi aunque perezca, ò se enagene, no se revoca la donacion, porque permanece la sustancia del legado, no obstante que falte el modo de recuperarlo, y executar la disposicion en que se hizo. (2)

69 Legando el padre à un hijo parte del fundo, ò alhaja que tenia legada à otro, no se revoca todo el legado, y solo se detraerá aquella parte, y tanto menos llevará el mejorado. (3) Y si despues dona à otro hijo el tercio, y quinto, se entiende baxado de estos el fundo, ò cosa legada, pues de lo contrario serán perjudicados los demás en el importe de ésta, que es parte de su legitima, y el padre carece de potestad para disponer entre ellos de mas que de un tercio, y quinto; y asi el hijo, à quien legó el fundo, lo llevará integro, y el mejorado en tercio, y quinto el residuo de la mejora, considerado, y deducido el valor del fundo del importe de ésta. (4) Previniendo, que siem-

(1) Gom. y Cifuent. en la ley 19. de Toro n. 5.

(2) Ley Quidam testamento, ff. de Legat. 1. ley Paula Challimaco, §. Julius Severus, ff. de Legat. 3. y ley Lucius, ff. de Aliment. & cibar. legat. Tello ibi. n. 127.

(3) Leyes 1. y 2. §. Cum Titio, ff. de Adimend. legat. Corn. consil. 100. n. 18. lib. 2. Jason in leg. Plane, §. Si eadem n. 18. ff. de Legat. 1.

(4) Morquech. de Division. bonor. lib. 3. cap. 4. n. 25. Matienz. en dicha ley 10. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. fin.

siempre que por la enagenacion de la cosa prelegada no se contempla revocada la mejora, se debe dar al mejorado el valor, ò estimacion de ella. Y sí se permutó por otra, ésta, en caso que exista, porque se subrroga en su lugar. (1)

70 De lo expuesto se infiere, que si el padre enagena voluntariamente el fundo en que habia mejorado à su hijo, y despues de enagenado lo redime, ò compra, y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora, porque la consanguinidad, y amor paterno inducen esta presuncion; pues lo mismo procede en la cosa legada, vendida voluntariamente, y redimida por el legante, aunque no se hubiese vendido con el pacto de retrovendendo. (2)

71 Pero no milita esto entre personas, entre quienes no interviene, ni se puede considerar aficcion; por lo que por el hecho de venderlo sin el referido pacto, se presume quiso revocar el legado, y vendiendolo con él, no: y asi como por congeturas se prueba la revocacion de él, se prueba del mismo modo por ellas lo contrario. (3)

72 Quando el padre mejoró algun hijo en el tercio de sus bienes para en el caso de que se casase con cierta muger, si ésta fallece antes de verificarse el matrimonio, se conceptúa revocada la mejora, porque la causa impulsiva, y final de hacersela su padre fue el mismo matrimonio, el qual cesando, ò no verificandose, cesa la me-

(1) Dicha ley Fideicommissa, y §. Si rem, ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. y leyes 17. y 40. cit. y § Si rem, institut. de Legat.

(2) Ley Filiæ suæ 28. ff. de Conditionib. & demonstrationib. Tiraquel. de Privileg. piæ caus. privil. 40. Nata consil. 613. Mascard. conclus. 1281. n. 111. lib. 3. Menoch. præsumpt. 167. num. 25. lib. 5.

(3) Ruin. in leg. Filiæ suæ cit. §. Titia. Menoch. dicha præsumpt. 167. n. 27. y sig. Morquech. dicho lib. 3. y cap. 4. n. 33. al 35.

mejora. Y lo proprio milíta en el legado. (1)

73 Lo qual se entiende, excepto que conste haber sido hecha no solo por causa del matrimonio, sino por contemplacion del hijo, pues en este caso no se revoca la mejora, por no verificarse el matrimonio: (2) y en duda mas se presume hecha por atencion al hijo, que al casamiento, (al modo que el legado, que se conceptúa hecho por afecto al legatario) porque el amor del padre ácia su hijo influye, y estimúla à creer que por este lo hizo, asi como el del marido ácia su muger. (3)

74 Haciendo el padre mejora a favor de alguno de sus hijos, y señalandola en alhaja cierta, si despues la vende, y compra otra, se subrroga ésta en lugar de aquella. (4) Y si lo mejora en cosas ciertas suyas propias, y además en una que es agena, con la condicion de: *Si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues, y entrega al mejorado, se entiende tocar à la mejora, y entregada como parte de ésta; y si la vinculó, quedará tambien vinculada la tal alhaja comprada. (5)

75 Se conceptúa revocada la mejora, ò prelegado hecho por el testador à uno de dos herederos suyos por la

(1) Bart. in leg. Demonstratio falsa, §. Quod autem, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Decio consil. 485. n. 7. y consil. 601. n. 1. Anchar. consil. 137. n. 2. vers. In dubio. Bald. consil. 140. al fin lib. 5. Socin. Junior consil. 58. n. 2. consil. 64. n. 4. lib. 3. y consil. 108. n. 5. y 6. vol. 1.

(2) Menoch. consil. 156. n. 10. y sig. lib. 2. Cephal. consil. 429. n. 34. y sig. lib. 3. Ruin. consil. 38. n. 6. lib. 2.

(3) Decio consil. 601. al fin. Socin. Senior consil 69. n. 5. lib. 1. Menoch. consil. cit. n. 9. Bart. & alii in leg. 1. Cod. de Legat. Morquech. lib. 3. y cap. 4. dichos n. 29. al 31.

(4) Bart. in leg. Placet 4. ff. de Liber. & posthum.

(5) Ley Talem 51. §. unic. & ibi. glos. verb. Palam est, ff. de Hæredib. instituend. Señor Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Partid. 6. glos. unic. vers. Quid autem.

la hecha posteriormente al otro, quando expresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y asi ambos heredarán igualmente. Y si la hace à entrambos por una misma causa, y revoca luego la del uno, expresando que hace la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro, aunque no lo diga. (1)

76 Si despues de haber mejorado el padre à su hijo intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora. (2) Lo qual procede, aunque luego otorgue codicilo, y ninguna mencion haga en él de ella, pues todavia se juzga revocada: (3) y segun la comun, y mas verdadera opinion, aunque el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él, (4) excepto que despues se reconcilien, pues por la reconciliacion convalece. (5) De lo qual se deduce, que si el marido legó algo à su muger, y despues por su sevicia, ù otro motivo se divorcian, se revoca el legado. (6)

77 Todo lo que queda explicado en orden à la mejora hecha en ultima voluntad, há lugar en la revocable formalizada por contrato entre vivos, porque sigue su natu-

(1) Ley Alteri 25. ff. de Adimend. legat. & ibi. glos. Mantic. de Conjectur. tit. 5. lib. 12. n. 30. y 39.

(2) Ley Si inimicitiæ, ff. de His quæ ut Indignis, y ley 3. §. fin. ff. de Adimend. legat. & ibi. Bart. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 56. Menoch. consil. 30. n. 17. lib. 1.

(3) Ley penult. §. Seja, & ibi. Bart. ff. de Adimend. legat. Aretin. consil. 93. n. 5. Mantic. de Conjectur. lib. y tit. dichos n. 2.

(4) Palac. Rub. in Rubr. de Donation. §. 70. n. 9. y §. 78. n. 57. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 19. vers. Ex præmissis. Rip. in leg. ultim. n. 151. Cod. de Revocand. donation. Mantic. ubi supr. n. 9. y 14.

(5) Ley 4. ff. de Adimend. legat. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y n. 56. dichos. Menoch. præsumpt. 170. n. 13. lib. 5.

(6) Ley Uxori legavit 3. ff. de Aur. argent. legat. Mantic. ibi. n. 12. Morquech. dicho lib. 3. y cap. 4. ex n. 37. al 42.

turaleza: y asi de las donaciones, ò legados hechos inter vivos à herederos extraños, que se confirman con la muerte, se debe deducir la *quarta falcidia*, porque como hasta que se verifica la muerte no tienen validacion, es lo mismo que si se hicieran en testamento, ò en otra ultima voluntad. (1) En quanto à de qué cosas se puede, ò no deducir la *quarta falcidia*, y cómo, y quándo se ha de hacer su deduccion, lo tengo explicado con bastante extension en el cap. 1. de mi 1. part. §. 4. por lo que omito repetirlo en este tratado.

78 Haciendo el padre à uno de sus hijos mejora revocable del tercio, y quinto de sus bienes, ò no teniendo mas que un hijo, entregandole la mayor parte de estos, si luego le nacen otros hijos, ¿se duda si se revocará esta donacion, y mejora en todo, ò parte por su supernascencia? Y parece que sí, (2) porque aunque la donacion que se hace con consentimiento de dos, no se puede revocar sin el del donatario; (3) una vez perfeccionada, es irrevocable; (4) y se revoca no obstante el superveniente nacimiento de los hijos; con superior razon, y mas facilidad se debe revocar la mejora, que con sola la voluntad del mejorante se puede revocar como el legado. (5)

79 Sin embargo de lo expuesto, y de las razones, y tex-

(1) Ley In donationibus 12. Cod. ad leg. Falcid. & ibi. glos. & DD. ley Quod 15. §. 5. ff. eod. tit. y ley Cum hic status 32. §. 1. ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley Si unquam, Cod. de Revocand. donation. y ley 8. tit. 4. Part. 5.

(3) Ley Sicut initio 5. Cod. y ley In omnibus, ff. de Obligation. & action. ley Absenti, ff. de Donation. y ley 1. Cod. de Pact.

(4) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo, ley Si velles 6. Cod. de Revocand. donation.

(5) Ley Si dura, ff. de Legat. 3. ley 3. §. fin. ff. de Adimend. legat. Rip. in leg Si unquam quæst. 19. n. 41. Socin. consil 93. Alex. consil. 41. n. 6. vol. 1. Bartul. y Jason en la Authent. Ex causa, Cod. de Liber. præterit.

textos en que se afianzan los Autores citados, lo contrario es lo que en el presente caso se debe seguir: y asi no se revocará la donacion, ò mejora por la mera supernascencia de mas hijos al mejorante, porque por ella no son gravados en su legitima necesaria, ò rigorosa, y quando el padre la hizo fue con el conocimiento de que podia procrearlos; y asi en quanto à la sustancia vale desde el principio, aunque el hijo mejorado sea unico, bien que entonces es incongruo, è inadequado el nombre de mejora, cuya incongruidad, ò falsa demonstracion no vicia la sustancia de la donacion, y solo hace que la mejora, que al principio vale como donacion, se sostenga, y conserve como mejora por voluntad del mejorante, para en el caso de tener mas hijos. Y aunque es constante, è indubitado que por el posterior nacimiento de estos al donante, se revoca la donacion, (1) esto es, quando la hizo à extraño, y no los tenia; pero siendo hecha à hijos, la revocan los hermanos supervenientes en quanto al aumento de su legitima solamente: quiero decir, que la parte que estos lleven de legitima, llevarán menos en ella el mejorado, o mejorados, porque son mas partícipes, è interesados en numero à la herencia, y quantos mas, à menos les toca; pero la mejora será la misma que sería, à no haber nacido, y la donacion hecha al hijo unico valdrá hasta en el tercio, y quinto, y legitima, y solo en el exceso deberá restituirla, porque los hijos que luego nacen, la confirman en quanto à su efecto solamente, que estaba pendiente, y se verificó por su nacimiento. (2) Asi

(1) Leyes Si unquam, y 8. tit. 4. cit.

(2) Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 19. Jul. Clar. lib. 4. Recept. §. Donatio quæst. 22. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 2. n. 8. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. n. 11. 14. y 15. Morquech. lib. 3. cap. 4. dichos n. fin. Sr. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 13. n. 50. Angul. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. glos. 13. ex n. 16. hasta el fin.

80 Asi como los ascendientes pueden hacer revocable, y revocar hasta su muerte la mejora de tercio, y quinto que en ultima voluntad, ò contrato entre vivos hicieron à sus descendientes legitimos; asi tambien la pueden hacer irrevocable del tercio por contrato, como se prueba de la referida ley 17. de Toro, que en su segunda parte dice: *Salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos obiere entregado la posesion de la cosa, ò cosas en el dicho tercio contenidas à la persona à quien la hiciere, ò à quien su poder obiere, ò le obiere entregado ante Escribano la escritura dello, ò el dicho contrato se obiere hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ò por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, sino reservase el que lo hizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, ò por alguna causa, que segun leyes de nuestros Reynos, las donaciones perfectas, y con Derecho fechas, se pueden revocar.* De suerte, que aunque el donante, ò mejorante puede (regularmente hablando) revocar la mejora, ò donacion inter vivos que hizo al donatario, ò mejorado, se exceptúan quatro casos, en los quales no se le permite, antes bien se constituye irrevocable: El primero, quando él mismo aposesionó *verdaderamente* al mejorado, ò à su apoderado de la cosa particular que le donó, ò en que le asignó la mejora; y si es de quota, v. g. el tercio de las cosas que lo componen, ò *fictamente*, que es por clausula de *constituto.* El segundo, quando le entregó ante Escribano la escritura de donacion, ò mejora. El tercero, quando celebró el contrato con otro por causa onerosa, en cuyo caso se requieren copulativamente dos circunstancias, la una que se celebre por causa onerosa, v. g. casamiento, ù otra semejante; y la otra, que sea con tercero, que tenga, ó

pretenda interés en el mismo contrato, cuyos tres casos, y no otros pone la ley inserta por excepcion de la regla general, y en ellos manda que la donacion, ò mejora sea irrevocable, à menos que intervenga una de dos cosas: La primera, que el mejorante se haya reservado expresamente en el mismo contrato en que la hizo, el poder, y facultad de revocarla, pues entonces se constituye condicional el acto, y la reserva se estima por condicion, y es excepcion que lo modifica, y conserva vivo, è ileso al reservante el derecho que tenia, por lo que se ha de interpretar segun él; pero esta facultad de revocar la mejora por la reserva, es peculiar, y privativa del reservante, y no se transmite à sus herederos. Y la segunda, quando interviene alguna de las causas por las que pueden ser revocadas las donaciones perfectas, è irrevocables, cuyas causas especifican las leyes 10. tit. 4. Partid. 5. 1. tit. de las Donaciones lib. 3. del Fuero Real, y fin. *Cod. de Revocand. donationib.* se reducen à la ingratitud del donatario, ò mejorado para con el mejorante, y de ellas traté en el cap. 3. de mi 1. part. n. 24. y siguientes; pero es de advertir, que por dichas causas solo el donante puede revocar la donacion onerosa, pues tampoco se transmite à sus herederos esta facultad, excepto que él haya instaurado en vida el pleyto. Y el quarto caso en que la donacion, ò mejora se constituye irrevocable, (del que no habla la ley) es, quando el instrumento en que se hace, se afirma con juramento, porque este lo vigoriza, y robustuce; y no cediendo en perjuicio de tercero, ni siendo contra buenas costumbres, ni en dispendio de la salud eterna, debe ser observado el pacto, ò contrato en que se interpone; pero este juramento ha de ser *de haber por firme, y no revocar la donacion, ò mejora*, y recaer sobre la obligacion de no revocacion; pues de otra suerte, aunque se

se interponga, no muda, ni altera la naturaleza del contrato, que de suyo es revocable. Sobre todo lo qual, y para mas menuda, y radical instruccion, asi de esto, como de otras cosas concernientes, veanse los Autores que se citan, (1) pues para tinturar al Contador lego, me parece suficiente lo expuesto.

81 Pero si mejoran à un hijo suyo en tercio, y quinto, dicen algunos, que aunque le entreguen la posesion de los bienes de la mejora, pueden revocarla por lo respectivo al quinto, y disponer de él como si no la hubieran hecho, porque esta mejora mira à los bienes presentes, y futuros del mejorante, y se ha de considerar atendido el valor que tienen al tiempo de su muerte, segun la ley 23. de Toro; y que si valiera irrevocablemente, se haria intestable el mejorante, y resultaria que hacia donacion de todos sus bienes, la qual aunque sea solo de los presentes, está prohibida por la 69. de Toro: por lo que no vale eficazmente como en quanto al tercio, y por lo propio la irrevocacion, de que trata expresamente la 17. inserta, se circunscribe, y limíta à éste, y no se amplía à aquel: por lo que no sin motivo omitió esta ley hablar de él; y que lo mismo procede si por causa onerosa prometió mejorar à alguno de sus hijos, pues puede disponer del quinto por su alma, ò en lo que quisiere, porque de lo contrario quedaria intestable, mas no del tercio. Otros dicen lo contrario en los casos en que el tercio no se puede revocar. Y otros, conciliando las opiniones, resuelven, que si la mejora del quinto es hecha por causa onerosa con tercero, no se puede revocar; y que no interviniendo

(1) Tell. Gom. y Cifuent. en la ley 17. de Toro. Angul. de Melioration. en la 1. tit. 6. lib. 5. Recop. desde la glos. 8. hasta la fin. de ella, y à los que citan.

do causa, sí; y à esta me inclino, excepto en lo tocante à la disposicion de su funeral, Misas, y descargos de su conciencia, pues en quanto à estos concibo que en todos casos es revocable, como he sentado en el cap. 1. de este libro num. 43. y 47. El que quiera instruirse, vea los Autores que se citan, (1) y especialmente al *Señor Castillo*, pues la decision de este punto no toca al Contador.

82 Si el padre, y la madre, ò alguno de ellos mejoraron à un hijo en el tercio de sus bienes, le entregaron la posesion respectiva de los que tenian, y la completaban, y despues adquirieron otros muchos, en cuyo caso se amplía à ellos esta mejora, se pregunta ¿si será revocable respecto de los adquiridos posteriormente, de que no le entregaron, ni por falta de existencia en su poder pudieron entregarle la posesion; y por consiguiente, si podrán revocarla? Y se responde, que si la mejora fue hecha por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó à ciertos bienes, ni miró mas à los que entonces tenian, que à los que despues adquiriesen: ò si le entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar; ni tampoco si le entregaron simple, y genericamente la posesion de ésta, de tal suerte, que se puede estender à los bienes futuros, v. g. *constituyendose poseedores de ella en nombre del hijo*; porque siendo, como es, de la

(1) Gom. en la ley 17. de Toro n. 10. y en la 22. n. 12. y 26. Suar. en la Quoniam in prioribus cerca del fin, §. Non quæritur, n. 5. vers. Præterea in casu. Sr. Greg. Lop. en la 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 1. Matienz. en la 1. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 12. y 22. Acev. en ella n. 18. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 50. Morquech. lib. 3. cap. 6. ex n. 72. Ayor. part. 2. quæst. 14. y 16. Castill. en la 22. de Toro n. 17. Palac. Rub. en ella vers. Sed pulchra. Avend. en la 17. cit. glos. 3 Tello en ella ex n. 7. Angul. de Melioration. in leg. 13. glos. 3. ex n. 7 Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 16. ex n. 1. al 33.

la naturaleza de la mejora el que se amplíe à estos, surte el mismo efecto la clausula de *constituto*, y se estiende à los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente: *Que se constituye poseedor de la mejora por los presentes, y futuros*; ò ya la haya hecho simplemente, y solo diga: *Que se constituye poseedor en nombre de su hijo*, pues en ambos casos versa la misma regla, y razon. (1)

83 Y si le entregaron la posesion de la mejora, limitada solamente à los bienes presentes, y despues adquirió otros, en los quales se juzga mejorado el hijo, parece que en quanto à estos será revocable por la limitacion expresa de tradicion de posesion à los presentes. Pero no obstante, de ningun modo se puede revocar, porque por lo mismo que es perfecta, è irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros, y se amplía à estos. (2)

84 Habiendo mejorado el padre en testamento, donacion causa mortis, ò en otra ultima voluntad à un hijo, si despues le entregó los bienes de la mejora, sin hacer commemoracion, ò mencion de ella, ni del instrumento en que se hizo, se eleva por la tradicion à la esfera de donacion inter vivos, y constituye irrevocable; pero si hizo commemoracion de ella, y del instrumento, se puede revocar: y tambien aunque no la haga, si al instante que lo otorgó se los entregó, porque es visto haberselos entregado en virtud, y à consequencia de él, por lo

(1) Gom. en dicha ley 17. n. 11. y 12. Sr. Greg. Lop. en la 5. tit. 13. Partid. 5. glos. fin. y en la 9. tit. 30. Part. 3. glos. fin. Tiraquel. de Constitut. part. 1. ampliat. 32. n. 1. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. glos. 3. n. 19. y en la 1. tit. 6. glos. 4. n. 11.

(2) Gom. ibi. n. 13. Sr. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 2. n. 21.

lo que debe seguir su naturaleza. (1)

85 Si el padre, ò la madre mejora à un hijo en el tercio de sus bienes, señalandoselo en cierta cosa, sin expresar mas, y ésta no equivale à su importe, por ser de inferior valor, parece que se deberá suplir de los demás bienes del mejorante lo que falte para el complemento del tercio, atendido el total liquido de la herencia. Pero sin embargo no se suplirá, antes bien el hijo se ha de contentar con la alhaja, ò finca señalada: y asi en quanto à lo que falte se entenderá revocada la mejora, porque es visto que no quiso mejorarle en mas que en ella. De lo qual se deduce: Lo primero, que si esta alhaja perece por caso fortuito, no se ha de suplir su valor de otros bienes. Lo segundo, que si vale mas que el tercio, no debe llevarla toda en pago de éste, y del quinto, porque la voluntad del mejorante no fue mejorarle en mas, que en el tercio; y asi el exceso será en parte de legitima, y se le aplicará en este concepto. Y lo tercero, que si el mejorante adquirió despues mas bienes, y el valor de la alhaja equivale al del tercio de todos, la llevará integra en pago de éste solamente. Pero si el mejorante dixo que lo que faltase para completar el tercio, se le supliese de los demás bienes, se deberá suplir. (2)

86 Mejorando generica, y simplemente el padre à un hijo en contrato, ò ultima voluntad, sin expresar si en el tercio, ò en el quinto, ni señalar la cosa, ò cantidad en que quiere lo sea, y diciendo solamente: *Mejoro à mi hijo fulano*, parece que se viciará, y no valdrá esta mejo-

(1) Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 28. Gom. ibi. n. 24. y lib. 1. Var. cap. 12. n. 4. Marienz. en dicha ley 1. glos. 4. n. 26. y 27. Morquech. lib. 3. cap. 6. ex n. 63. al 71. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 21. Sr. Molin. dicho cap. 2. n. 19.

(2) Gom. ibi. n. 14.

jora por la incertidumbre de la quota, cosa, ò cantidad. Pero lo contrario es lo cierto, y asi valdrá no solo en el quinto, de que el testador puede disponer à favor de quien quisiere, sino tambien en el tercio, de que se le permite testar entre sus hijos, y descendientes legitimos: Lo primero, porque siendo su animo declarado mejorar à aquel hijo, y haciendole la mejora, es visto que quiere estenderse, y referirse à todo lo que las leyes le permiten, y por la relacion à estas se constituye cierta la disposicion, porque en ellas consta de quánto puede testar. (1) Lo segundo, porque si el testador lega à alguno tanto quanto por ley puede percibir, vale el legado, aunque de cosa, ò suma incierta en todo lo de que por Derecho es capáz; (2) y asi lo propio milita en la mejora. Lo tercero, porque si uno lega generica, y simplemente à otro la provision de su casa, ò su camara, se entiende legarle todo lo que baxo de estos nombres se comprehende, y no se vicia el legado por falta de expresion de las cosas que en ellos se incluyen, como en Derecho (3) está resuelto, y por identica razon la misma paridad versa en la mejora. Y lo quarto, porque si el padre, ò la madre hizo donacion simple à su hijo, aunque no diga que lo mejora, se entiende mejorado en el tercio, y quinto; (4) pues tanto vale la generica disposicion en quanto al genero, como la

(1) Arg. leg. In asse toto, ff. de Hæredib. instituend. ley Institutio talis, ff. de Conditionib institution. ley Si ita scripserò, ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley Certum est, ff. de Reb. credit. si certum petat.

(2) Ley Si ita quis in testamento suo, ff de Legat. 2.

(3) Leyes 3. y final, ff. de Penu legat.

(4) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 5. Recop. & ibi. glosator.

la particular, ò especifica en quanto à la especie. (1)

87 En ninguna cosa pueden mejorar los padres à sus hijas legitimas por razon de dote, ni casamiento: (2) ni aunque las mejoren, ò las prometan el tercio, y quinto, se entienden mejoradas en ellos, ni en alguno de ellos tacita, ni expresamente por contrato entre vivos, como lo manda la ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. ibi: *Y mandamos, que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tacita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, só pena que todo lo que demás de lo aqui contenido diere, y prometiere, segun dicho es, lo haya perdido, y pierda.* Por lo que si la dote que se las dá, excede de la legitima completa, que las puede corresponder, atendido el valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, sin deducir el tercio, aunque no exceda de la que las podia caber, y cabria quando se les dió, deberán restituir el exceso, y no se las imputará en el tercio, y quinto, ni en parte de ellos, ni de alguno.

88 De lo expuesto en el numero inmediato se prueba que no competirá à las hijas la eleccion de uno de los dos tiempos que prescribe la ley 29. de Toro, (y son el de la constitucion de la dote, ò el de la muerte del donante) porque en esta parte está derogada por la ley inserta, y por el Auto 4. cap. 24. tit. 12. lib. 7. Recop. que son posteriores, y aquella se creó à peticion del Reyno junto en las Cortes celebradas en esta Villa el año de 1534. cuya sú-

(1) Ley Centurio, y ley Lucius, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 11. Aillon ibi. n. 12. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 63.

(2) Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 59. n. 17. y 18.

súplica, que es la ciento y una, dice: *Otrosi suplicamos à V. M. que las dotes que en estos Reynos se dieren, no puedan ser mas de la legitima que le vendria à la dotada, si entonces se partiesen los bienes del dotador: y que si de hecho mas se mandare, ò recibiere público, ò secreto, directe, ò indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasia à los herederos; esto sin perjuicio de lo capitulado, y contratado hasta agora*, y asi nunca se entienden mejoradas en el exceso de la dote recibida, à pretexto de que al tiempo de su constitucion les cabia toda en su legitima, (no obstante decir algunos equivocadamente, y contra la misma ley, y súplica, que la motivó, lo contrario) pues siempre se ha de atender al valor de los bienes del ascendiente dotante al tiempo de su muerte, junto con la dote recibida, baxando de ellos, y no de ésta, por las razones que expondré en el cap. 3. num. 147. el quinto, y no mas; por lo que si deducido éste unicamente del liquido importe, y valor de los bienes inventariados por muerte del donante, (que debe quedarle libre como suyo privativo, y no de sus hijos) y unidos luego su residuo, y la suma total, resultare ser la dote inoficiosa, tendrán que restituir las hijas el exceso; pero si no, se quedarán con la dote, como legitima completa de todos los bienes del testador dotante; sin que sirva alegar, que de hacer la restitucion, resultará engañado el marido de la hija, porque el que contrae con otro, debe cerciorarse de su condicion (1) y todos saber el Derecho, (2) excepto cinco clases de personas, que son: el Pupilo, el Soldado, la Muger, el Pastor, y el Aldeano. (3) Lo qual proce-

(1) Ley Qui cum alio 19. ff. de Regul. jur.

(2) Los tit. ff. y Cod. de Juris, & facti ignorant. y leyes 16. y penult. tit. 1. Partid. 1.

(3) Dicha ley 16. y leyes penult. y ultim. tit. 1. Partid. 1. y 31. tit. 14. Partid. 5.

cede, aunque la hija sea unica al tiempo de la tradicion de la dote, pues si luego procrea su padre mas hijos, parece que la revocarán no solo en el exceso de la legitima, sino en el tercio, y quinto; de modo, que la quedará unicamente su legitima diminuta, si su padre mejorare à uno de los otros hijos, ò à todos: (1) bien que acerca de esto vease lo que explicaré en el capitulo siguiente dicho num. 147. §. final. Lo que tendrá presente el Contador, pues no todos están impuestos en el modo de hacer esta computacion, y deduccion.

89 Aunque en el num. 87. queda sentado que las hijas legitimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto, ni en otra cosa alguna por sus padres tacita, ni expresamente, por prohibirlo la ley inserta, se circunscribe, y limíta esto al tiempo, y caso en que habla, que es por contrato entre vivos; pero no por testamento, ò por otra ultima voluntad, pues en ésta no solo pueden mejorarlas, sino hacerlas legados, como à sus hijos, sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía à las ultimasdisposiciones: (2) y pueden tambien confirmar la dote inofiziosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve integra en quanto quepa en el tercio, quinto, y legitima; porque por su confirmacion convalece, del mismo modo que si fuera legado, que en ellas se la hicie-

ra

(1) Cutier. de Juram. confirm. part 1. cap 9. n. 19. Baez. de Non melior. fliab. cap. 9. n 63. y sig. Sr Bernard. Diaz de Lug. in regul. 213. fallentia 4. vers. Et adeo existimo. Gracian. in regul. 150 n. 22. Spino de Testament. glos. 1. n 112. Bayo Prax. Ecclesiat. part. 3. lib. 2. quæst. 26. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 12 n. 33. y 34.

(2) Baez. tit. cit. cap. 20. n. 6. al 11. Matienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2. n. 4. y glos. 3. n. 2. Ayor. part. 3. quæst. 26. n. 82. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 59. n. 15.

ra del exceso. (1) Y la razon por que no se prohibe que en ultima disposicion sean mejoradas, es porque si las mejora en contrato; como éste es irrevocable segun las leyes 17. y 22. de Toro; se irroga grave daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes, sin poder reclamar, ni arrepentirse, sino à los demás hijos, porque son defraudos en sus legitimas; pero en testamento, ù otra ultima voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar, y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte; por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva. (2)

90 Pero es de advertir, que la validacion de la mejora à favor de las hijas en testamento, ù otra ultima voluntad, se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado, ò precedido promesa de hacerla; pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento, constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consequencia de la obligacion primera. Y lo propio milíta aunque no haya precedido promesa de mejorar à la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de éste la mejora, ò hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá. (3)

91 A mas de prohibir la ley inserta, que las hijas sean, y se entiendan mejoradas tacita, y expresamente en contrato entre vivos por razon de dote, y casamiento, señã-

(1) Ley Legata inutiliter, ley Si quis à filio al princip. y ley Servo alieno, §. penult. ff. de Legat. 1. y leyes Si sic locutus, y Si pure tibi, ff. de Legat. 3. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 13. n. 43.

(2) Matienz. ibi. Baez. ibi. n. 13.

(3) Ayor. de Partition. part. 2. quæst. 2. Baez. ibi. n. 15. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 59. dicho n. 16.

ñala lo que sus padres, gozando rentas, las pueden dar en dote, como de su contexto en su primera parte se reconoce, ibi: *Mandamos que de aqui adelante en el dar, y prometer de las dichas dotes se tenga, y guarde la manera, y orden siguiente: Que qualquiera Cavallero, ò persona que tuviere doscientos mil maravedis, y dende arriba hasta quinientos mil maravedis de renta, pueda dar en dote à cada una de sus hijas legitimas hasta un cuento de maravedis, y no mas: y el que tuviere menos de los dichos doscientos mil maravedis de renta, no pueda dar, ni dé en dote arriba de seiscientos mil maravedis: y que el que pasare de los dichos quinientos mil maravedis, hasta un cuento y quatrocientos mil maravedis de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedis: y que el que tuviere cuento y medio de renta, y dende arriba, pueda dar en dote à cada una de las hijas legitimas que tuviere, la renta de un año, y no mas, con que no pueda exceder de doce cuentos de maravedis, no embargante, que la dicha su renta sea mas de los dichos doce cuentos en qualquiera cantidad*, con la qual concuerda la ley 5. cap. 1. del mismo titulo, y libro. Pues para dotar, y que la dote sea congrua, se ha de atender à los hijos que tiene el dotante, bienes con que se halla, dignidad de las personas, y costumbre del Pueblo; y no excediendo de la legitima, se estima por congrua; y excediendo, por inoficiosa. (1) Esta ley examina con escrupulosidad, y explica latamente en todas sus partes con varios casos para su mayor inteligencia *Gaspar Baeza* en los treinta y siete capitulos de su tratado, *de Non meliorandis filiabus*, à quien podrá ver el Contador latino, y aplicado, pues ninguno le iguala en su

(1) Leyes Quæro 60. Sive generalis 61. y Cum post 69. §. Genet. ff. de Jure dotium.

su exposicion: y por ser materia difusa, y no rigorosamente precisa para las particiones, omito molestarle mas. Y en quanto à si pueden los padres mejorar en contrato à sus hijas naturales, y à sus nietas legitimas, veale en los cap. 7. y 13. *à Matienz. en la ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Recop. glos.* 2. *ex n.* 5. hasta el fin: à *Gutier. lib.* 2. *Pract. quæst.* 14. *y à los que citan, pues afirman* que no deben ser de mejor condicion que sus madres, y tienen razon.

§. III.

SI LOS ASCENDIENTES QUE PROMETen, ò no mejorar à sus legitimos descendientes, deberán, ò no cumplir la promesa: si el mejorado podrá repudiar la herencia, y aceptar la mejora; y si siendo hecha ésta à dos, ò mas en contrato entre vivos, ò ultima voluntad, repudiare el uno su parte, ò no pudiere haberla, se acrecerá, ò no à los otros.

92 COmo de la convencion, y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos, (1) y à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado; (2) por eso prometiendo absolutamente por contrato entre vivos el padre, madre, ù otro ascendiente legitimo mejorar à algun hijo, ò descendiente suyo por via de casamiento, ò por otra causa onerosa, ò no mejorar à ninguno en tercio, ni quinto, y otorgandose sobre ello escritura

(1) Ley 1. §. Si convenit 6. ff. Depositi, vel contra.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

ra pública, debe observarse el pacto, como lo ordena la ley 22. de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *Si el padre, ò la madre, ò alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar à alguno de sus fijos, ò descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en el tal caso no pueda facer la dicha mejoría de tercio, ni de quinto, y si la ficiese, que no vala. Y asimismo mandamos, que si prometió el padre, ò la madre, ò alguno de los ascendientes de mejorar à alguno de sus fijos, ò descendientes en el dicho tercio, y quinto por via de casamiento, ò por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados à lo cumplir, y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría, y mejorías de tercio, y quinto sean habidas por fechas.* Lo qual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero, ò con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa. (1)

93 Habiendo prometido el padre por via de casamiento, ò por otro contrato oneroso no mejorar à hijo alguno, y aceptado su hija, è yerno la promesa, si procediere contra ésta, deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer, ò no hacer succede en su lugar el interés, (2) y no será obligado à cumplir el pacto, ni incumbe à la hija el que lo cumpla, ò no; por lo que reintegrandola de lo que la tocaria, à no haberlo contravenido, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda se la debe oir, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa. (3) Pe-

(1) Ayor. part. 2. quæst. 14. n. 43. y 44.

(2) Ley Stipulationes non dividuntur, y ley In illa stipulatione per te non fieri, ff. de Verbor. obligation.

(3) Ley Stipulatio ista, §. Alteri, y §. Si stipulet, ff. de Verbor. obligation. Ayor. dicha part. 2. quæst. 15.

94 Pero si el pacto, y promesa de no mejorar fue absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo, mas que la mera voluntad del padre dirigida à solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legitima integra, y completa, y le heredasen con igualdad, deberá observar el pacto, y por consiguiente à ninguno de sus hijos, nietos, ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere, será nulo, è ineficáz. (1)

95 Si el hijo, à cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar à los demás, lo remitiere, y consintiere que su padre, ò madre mejoren al que quieran, ò falleciere en vida del mejorante sin descendientes, pueden mejorar à otro hijo, porque este pacto fue meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del qual ningun derecho adquirieron los otros, y puede perjudicar à sus descendientes en los bienes adquisibles, y no adquiridos; por cuya razon el padre, y madre quedan en libertad para mejorar al que quisieren. Lo que al contrario, si falleció en vida de su padre dexando hijos, ò descendientes, pues entonces à ningun hijo puede mejorar, porque todos entran en el lugar de su padre premuerto, y como que juntos lo ocupan, deben succeder en todo el derecho que le compete. (2)

96 Si el padre, ò madre prometieron mejorar à uno de sus hijos, y éste remitió el pacto, y derecho en su virtud adquirido, y murió en vida del padre, ò madre, con quienes lo hizo, sin dexar descendientes, pueden mejorar à qualquiera de los otros hijos; pero no, si dexó hijos, ù otros

(1) Gom. en la ley 22. de Toro n. 27. Ayor. dicha quæst. 15. vers. Si vero promissio. Matienz. en la l. y 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 4. & ibi. Acev. n. 9.

(2) Gom. ibi. n. 24. vers. Sed his non obstantibus, & ibi. Palac. Rub. y Tell. Acev. en dicha ley 6. tit. 6. n. 5.

otros descendientes legitimos, pues entonces estarán obligados à mejorar à todos sus nietos hijos de éste hijo premuerto, y no à uno de ellos solamente, porque todos juntos entran à ocupar el lugar de su difunto padre, y suceden en el derecho que le competia; y asi se ha de dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo. (1)

97 Lo qual procede, sin embargo de que por la ley 18. de Toro se permite al abuelo que pueda mejorar à qualquiera de sus nietos, y descendientes, ya esté vivo, ò no su padre, pues la disposicion de esta ley se entiende quando no precedió el pacto de no mejorar: pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar à sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto éste, porque como queda expuesto, todos los nietos entran à ocupar su lugar, y succeden en todo el derecho, en que à vivir, succederia, y cada uno en su respectiva parte solamente. (2)

98 Aunque el padre, ò la madre prometan por causa onerosa no mejorar à sus hijos, ni descendientes en el tercio, ni quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ò à favor de causas pias, ò en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legitima necesaria de todos sus hijos, y asi no pueden dexar éste à uno, ò à mas, sino que antes bien lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho à él, que à los demás bienes; pero el quinto no lo es: por lo que como hacienda suya tienen facul-

(1) Gom. ibi. n. 24. Tello n. 19. y 20. Matienz. en dicha ley 6. glos. 7.

(2) Palac. Rub. ibi. col. 6. Castill. en dicha ley 22. n. 30. Gom. dicho n. 25. vers. Nec obstat.

cultad de usar de ella à su arbitrio, y de lo contrario quedarian intestables. (1)

99 Prometiendo por causa onerosa, ò simplemente el padre, ò madre en escritura pública no mejorar à alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco à sus nietos, ni à otro descendiente de este hijo, pues quando consta de la voluntad del testador, se comprehenden siempre en el nombre de hijos los nietos, y demás descendientes, aunque sea en materia odiosa, porque versa la misma razon: y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo, que al nieto, ni à otro descendiente por la mayor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque milita la propia, y aun superior razon. (2)

100 Sin embargo de que el padre, y la madre hayan prometido no mejorar à cierto hijo, pueden mejorar à otro, porque su promesa se circunscribió solamente à él, y no se amplió à los demás; por lo que no debe obrar fuera de su intencion, pues la causa limitada produce efecto limitado: es asi que el testador se limitó, y prohibió especifica, y determinadamente no mejorar à cierto hijo: luego por no haberse estendido à otros hijos, ni descendientes su prohibicion podrá mejorarlos. (3)

101 Pero si la razon, ò causa final de la promesa de no mejorar à aquel hijo, mira, y tiene su tendencia à favor de todos los demás, (v. g. porque succedan igualmente)

(1) Gom. ibi. n. 26. Angul. en la ley 6. tit. 6. glos. 6. n. 2. Acev. ibi. n. 6. al fin.

(2) Matienz. en dicha ley 6. glos. 1. n. 4. Acev. en ella n 9. Perez ad Segur. in Repetit. leg. 3. §. fin. n. 51. ff. de Liber. & posthum. Cifuent. en la ley 22. de Toro. Gom. en ella n. 27.

(3) Angul. en dicha ley 6. glos. 2. n. 1. Matienz. en ella glos. 1. n. 3. Gom. en la 22. n. 29.

te) y en la promesa se expresa, tampoco podrá mejorarlos, porque en este caso la causa general produce efecto general: (1) y asi el hijo nombrado se presume expreso, porque se temia ser mejorado, por concurrir en él muchas causas, pues el dicho limitado se amplía, y estiende por la generalidad de la razon, ò causa que se expopone. (2)

102 Como no se puede dividir la voluntad del testador à causa de ser individua, no se permite al legatario que acepte en parte, y en parte repudie el legado que le hizo, segun expondré en el cap. 6. de este libro num. 45. y por esta razon parece que tampoco podrá el mejorado aceptar la mejora, y repudiar la herencia que le dexe, porque de hacerlo, se seguiria que le representaba en parte, y en parte no, lo qual como absurdo resiste el Derecho. (3)

103 Mas no obstante, se le permite, con tal que pague à prorrata las deudas del testador, como se prueba de la ley 21. de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *Mandamos que el hijo, ò otro qualquier descendiente legitimo mejorado en tercio, ò quinto de los bienes de su padre, ò madre, ò abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre, y madre, ò abuelos, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija pa-*

res-

(1) Arg. à contrario sensu ex leg. Age, cum Gemiano, Cod. de Transaction.

(2) Ley Regula, §. fin. & ibi. Bart. & Bald. ff. de Juris, & facti ignorant. ley 2. §. Si mater, vers. Quid si curatores, y vers. Quid si decesserint, ff. ad Tertillian. y ley Nomen debitoris, §. fin. ff. de Legat. 3.

(3) Ley Eum, qui, §. Pro parte, ff. de His quæ ut indignis, ley Quidam elogio, Cod. de Jure deliberand. ley 1. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Absurdum, ff. de Bonis libertor.

rescieren: *y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados à las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en la dicha mejoría de tercio, y quinto. Lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ò en cierta parte de sus bienes.* Y la razon es, porque aunque en ambas succede por titulo hereditario, y se divide la herencia; pero como son dos disposiciones principales, una, por la qual es instituido heredero; y otra, por la que se le dexa el prelegado, ò mejora; por eso se pueden dividir, y en qualquiera que acepte, representa por su parte en el todo al difunto. (1)

104 Mejorando el padre, ò madre por ultima disposicion en el tercio, y quinto de sus bienes à dos, ò mas hijos; si el uno de ellos fallece, ò repudia su parte, ò por otro motivo dexa de llevarla, se acrece à los demás mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora integra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa, y palabras; pues lo mismo se observa en los Legados. (2)

105 Lo propio milíta quando son conjuntos solamente en la cosa, v. g. si dice el testador: *Mejoro à mi hijo Pedro en el tercio, y quinto de mis bienes, ò le lego tal heredad*, y luego dice tambien: *Mejoro à mi hijo Juan en el tercio, y quinto de mis bienes, ò le lego la misma heredad.* O quando lo son en las palabras, v. g. si dice; *Mejoro, ò lego à mis hijos Pedro, y Juan el tercio, y quinto de mis bienes por iguales partes*; pues en todos estos casos, si el uno fallece, ò repudia su parte, ò interviene otro

(1) Pichard. in Reelection. tit. de Acquirend. hæreditat. cap. 28. ex n. 62. Cevall. quæst. 711. n. 6.

(2) Ley Re conjuncti, & ibi. Bart. & DD. ff. de Legat. 3. ley unica, Cod. de Caduc. tollend. ley 33. tit. 9. Partid. 6. y §. Si eadem, institut. de Legat.

otro motivo, por el qual no deba llevarla, se acrece al otro. (1)

106 Si les hizo donacion causa mortis, há lugar tambien en ella el derecho de acrecer; porque aunque en lo tocante à su forma, y solemnidad se equipara al contrato, se estima no obstante, en quanto à su confirmacion, y efecto, por ultima voluntad: y la razon es, porque se confirma con la muerte, por la qual, y no antes se transfiere al donatario el dominio de lo donado en los propios terminos que en los legados. (2)

107 Y si los mejoró por contrato entre vivos, se ha de distinguir: ò fue revocable, ò irrevocable la mejora; si fue revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe, ni la escritura en que se hizo, há lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es à manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento, ò en otra ultima voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la qual, y no antes se confirma; (3) pues aunque por Derecho comun no há lugar el derecho de acrecer en los contratos lucrativos, (4) porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las ultimas voluntades lata, (5) y segun

(1) Leyes cit. Morquecho de Divis. lib. 3. cap. 10. n. 1. al 3.

(2) Dicha ley unica, §. fin. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 7. y otros que cita.

(3) Palac. Rub. en la ley 44. de Toro n. 2. Sr. Greg. Lop. en la 43. tit. 5 Partid. 5. glos. 5. Menchac. de Succession. creat. lib. 1. §. 1. n. 32. Avendañ. en la 4. de Toro n. 15. al 17. glos. 5. Gom. dicho cap. 10. n. 6. Morquech. ibi. n. 4.

(4) Ley Si mihi, & Titio, ff. de Verbor. obligation. ley Aquam, ff. Quemadmodum servitutes ammittant. ley Si duo patroni, ff. de Jure jurand. Bart. en dicha ley Re conjuncti n. 56.

(5) Ley In testamentis, ff. de Regul. jur. ley Quidquid astringendæ, ff. de Verbor. obligation.

gun el mismo Derecho, y el de las Partidas, (1) solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy, como por la ley recopilada (2) están corregidos en esta parte ambos Derechos, y segun ella puede uno prometer por otro, (3) debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene, (4) y principalmente concurriendo, como en este caso concurren el afecto, y amor del padre, que obran mucho acerca de este Derecho. (5) Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote à dos, ò mas hijas juntamente, muerta la una, há lugar el derecho de acrecer à favor de la viva: y asi la llevará integra, como si toda se la hubiera legado, (6) pues esto proviene de la voluntad del testador, el qual se presume que asi lo hubiera hecho, y mandado. (7)

108 Pero si el padre, ò madre mejoraren por contrato irrevocable entre vivos à dos, ò mas hijos en el tercio, y quinto de todos sus bienes, entregandoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre, falleciere sin succesion uno de ellos, (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, co-

(1) Ley Stipulatio ista, §. Alteri, ff. de Verbor. obligation. ley 17. tit. 11. Partid. 5. y §. Si quis alium, institut. de Inutili stipulation.

(2) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(3) Rodrig. Suarez en la ley Quoniam in prioribus, quæst. 8. col. 4. Cod. de Inofficios. testam. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 14. n. 13. Sr. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 11. Partid. 5. glos. 1. y 2. y en la 48. tit. 5. Partid. dicha glos. 1.

(4) Gutier. in Repetit. leg. unic. Cod. Quando non petentium partes n. 36. Aillon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8. Morquech. dicho cap. 10. n. 8. lib. 3.

(5) Bald. consil. 174. vol. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 149. al fin.

(6) Angel. Bald. y Florian. en ley Dominus fructuario, §. 1. ff. de Usufruct. Alex. in leg. Qui filiabus, §. 1. ff. de Legat. 1. Bald. dicho cons. Rip. en la Re conjuncti n. 70. vers. Ex quibus.

(7) Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. 24. n. 8. Menoch. præsumpt. 149. al fin. lib. 4. Morquech. ibi. n. 9. al 11.

como su legitimo, y unico heredero, segun la ley 6. de Toro) aunque el superstite pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque quando la herencia, ò mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues éste por razon de la parte vacante, y presunta voluntad del testador se introduxo: y como por la tradicion de la escritura, y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion, y dominio de los bienes de la mejora, y despues que cada uno consigue su porcion, cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufructo: (1) por eso no debe el superstite llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley 6.

109 En quanto à esta mitad de mejora que debolvió al padre como unico heredero de su hijo premuerto, parece que por fallecimiento del padre se deberá sacar el tercio, y quinto, cuya mitad será para el superstite mejorado, à quien se aumentará, por haberse aumentado à la herencia del mejorante; v. g. importa la mejora de todos los bienes del testador mil reales, de los quales tocan al superstite quinientos por su mitad; y de los otros quinientos, que debolvieron al mejorante por muerte del otro hijo, se sacará el tercio, y quinto, que son doscientos treinta y tres reales, once maravedis, y un tercio de otro, los quales se dividirán en dos partes iguales, la una para el mejorado, à quien se aplicará con los quinientos referidos, y la otra se agregará al resto de la herencia, pa-

(1) Ley 1. §. fin. ff. de Usufruct accrescend. Paulo in leg. Aquam, ff. Quemadmodum servitutes amittant. Bart. in leg. Codicillis, ff. de Usufruct. legat. Señor Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. Partid. 6. vers. Nunc vero. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n.6. Morquech. ibi. n. 12. al 15.

para repartirla igualmente entre todos los herederos, incluso el mejorado. Cuya division trae *Morquecho en el lib. 3. cap. 10. num. fin.* diciendo al lector, que divida mejor.

110 Pero (salva la venia del Señor Morquecho) digo, que este modo de dividir podrá tener lugar en la forma propuesta, quando el testador mejoró limitada, y unicamente à los hijos en alhajas, ò cantidad determinada, ò en ciertos bienes, cuyo importe consta, ò se especificó al mismo tiempo: mas no quando no consta à quánto ascendia la mejora, y fue hecha simple, è indistintamente en todos, porque como se atiende à los que dexa al de su muerte, sin distinguir de qué parte provienen, ni con qué titulo los adquirió; y una vez unidos, è incorporados en su patrimonio, se confunden, y es propio de la naturaleza de la mejora simplemente hecha el ampliarse à los bienes futuros, y no limitarse à los presentes, segun dexo sentado en los num. 82. y 83. se contempla el superstite unico mejorado, y como tal debe llevar enteramente el importe del tercio, y quinto de quantos dexe su padre, sin diferencia, distincion, ni mas cuenta, ni division; pues siempre que los bienes se hallan unidos *pleno jure* al patrimonio de alguno, no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos, sino en los casos expresos en Derecho. Lo que tendrá presente el Contador.

111 Sin embargo de que en los contratos lucrativos no há lugar segun Derecho comun el de acrecer, como queda expuesto en el num. 107. se exceptúa de esta regla la donacion hecha por el Principe à dos, ò mas conjuntos, pues despues de aceptada, si uno de los donatarios muere testado, ò intestado, sin dexar heredero, ò la repudia antes que se le haga, ò despues de hecha, se acrece al socio conjunto, sin que por falta de herederos legitimos, ni parientes recayga en el fisco, como à no ser donacion

cion del Soberano, recaeria, no habiendolos hasta el decimo grado. Asi se prueba de la ley unica, *Cod. Si liberalitatis imperialis socius sine hærede decesserit.* Cuyo contexto es: *Jubemus, ut si quis forte ex his, quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo hærede relicto, decesserit, ad consortium potius solatium, quam ad personam aliam pars decedentis perveniat.* (1) (al modo que no se colaciona la donacion que hace el Principe à un hijo por los meritos de su padre, como diré en el capitulo siguiente) Porque los beneficios de los Principes se deben interpretar plenisimamente, (2) con tal que no cedan en detrimento de tercero, pues en caso de ceder, debe ser estrictamente. (3)

CO-

(1) Bart. in leg. unic. insert. & in leg. Re conjuncti n. 65. & ibi. Rip. n. 152. Jason in leg. fin. n. 31. ff. de Constitution. Princip. Gutier. in dict. leg. unic. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 2.

(2) Ley penult. ff. de Constitutionib. Princip. y ley Si quando 2. Cod. de Bonis vacant.

(3) Ley Prætor 2. §. Si quis à Principe 16. ff. Ne quid in loco publico.

§. IV.

COMO SE HAN DE DIVIDIR LOS frutos de la mejora, y donacion hecha entre vivos, ò en ultima voluntad: quándo pertenecen, ò no al mejorado, ò donatario, ya estén, ò no pendientes en la alhaja consignada; y si éste debe, ò no restituirlos en caso de revocarla el testador.

112 Dificultades no leves suelen ocurrir à los Contadores en orden al modo de dividir legalmente los frutos de la mejora hecha entre vivos, ò en ultima voluntad con tradicion, y consignacion de los bienes de su importe, ò sin estas. Y para que quando se les ofrezca procedan con justificacion, digo, que constituida irrevocablemente entre vivos la mejora en cosas ciertas, y señaladas, ò aunque sea revocablemente, si no se revocó, antes bien se entregó al mejorado su posesion verdadera, ò ficta, le pertenecen los frutos desde su tradicion, porque desde entonces se le transfirió el dominio de aquellas, que es el que presta titulo para la adquisicion de estos; y lo mismo procede en la donacion hecha por causa onerosa con tercero, aun quando no hay tradicion. (1) Pero si no se le entregaron las cosas en ella contenidas, ni fue hecha por causa onerosa con tercero, no le corresponden los frutos

(1) Ley Traditionibus 20. Cod. de Pact. Angul. en la ley 4. glos. 6. n. 15. de Melioration. Matienz. en ella glos. 3. n. 5. tit. 6. lib. 5. Tello en la 20. de Toro n. 14. Morqueth. lib. 3. cap. 5. n. 26.

tos hasta que muere el mejorante. (1)

113 Si la mejora inter vivos fue hecha de una parte, ò quota de bienes ciertos, y señalados por el mejorante, pero no fueron entregados al mejorado, se deben tambien à éste los frutos de ellos desde que el donante, ò mejorante fallece, porque por la certidumbre de los bienes de que se compone, en virtud de la asignacion, ò señalamiento, empieza el mejorado en el instante que se verifica la muerte del mejorante, à tener dominio en ellos, mediante el qual adquiere sus frutos; y como son secuela necesaria de éste, se debe hacer de ellos el mismo juicio. (2)

114 Pero si la mejora no fue señalada en bienes algunos, ni por consiguiente fueron entregados estos al mejorado, se le deben unicamente los frutos desde la mora cometida por el heredero en hacerle la tradicion de los que corresponden à la mejora (3) y la razon es, porque por no habersele transferido su dominio desde el contrato por la incertidumbre de los que se le aplicarian, pudo ser revocada la donacion hasta la muerte: y como se atiende à este tiempo para hacer la computacion de la quota, empieza la translacion de su dominio, y por consiguiente el derecho al percibo de los frutos, desde que se hace la aplicacion, porque desde entonces se sabe de qué bienes se compone la quota donada, y no antes.

115 Siendo hecha à hijo emancipado mayor de veinte y cinco años la donacion, ò mejora de quota inter vivos, si se le entregó verdadera, ò fictamente, deberá percibi-

(1) Angul. ibi. n. 14. Matienz. n. 6. Morquech. n. 27.

(2) Ley Cum hæres instituti sumus, ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivindication. Tell. ibi. n. 15. Angul. n. 16. Matienz. n. 8. Morquech. n. 28.

(3) Ley Si quis bonorum, & ibi. DD. ff. de Legat. 1. Matienz. dicho n. 8. y n. 9. Angul. y Tell. ibi.

cibir los frutos desde el tiempo de la demora, (que es desde la litis contextacion) y no antes, por la incertidumbre, y falta de asignacion de bienes, que arguye buena fé; pues si la cosa es indivisible, se puede pagar en dinero, y los frutos, ò usuras de éste no se deben, sino desde la mora: y aunque sea divisible, no es cierta la parte de ella en que se ha de hacer la adjudicacion, por lo que no adquiere su dominio, ni por consiguiente derecho à sus frutos. (1) A mas de que el contrato de donacion es *stricti juris*, (2) y en los de esta naturaleza se necesita la litis contextacion, porque desde ella se constituye poseedor de mala fé el que ha de entregar, (3) y contra el liberal no se debe proceder con el rigor que contra los demás, porque le sería nimiamente gravosa su liberalidad. (4) Pero si fue hecha à hijo existente baxo de la patria potestad, ò à menor, vienen los frutos desde el tiempo de la tradicion, porque por el menor interpela la ley, (5) y porque el hijo que se halla en poder de su padre está impedido de pedir contra él, y de moverle pleyto. (6)

116 Quando la mejora de cierta cosa particular es hecha en ultima voluntad sin tradicion, tocan los frutos al mejorado desde la muerte del testador, desde cuyo tiempo, y no antes se le transfirió su dominio. (7) Y aunque pa-

(1) Angul. ibi. n. 18. Morquech. dicho lib. 3. y cap. 5. n. 34. y 35.

(2) Ley Eum, qui, & ibi. Bart. & DD. ff. de Donation.

(3) Ley Cum fundus, ff. de Reb. credit. si cert. petat. y ley Si filius, §. 1. ff. de Verbor. obligation. Bart. in leg. In ædibus, §. 1. ff. de Donation.

(4) Immol, y Juan Andr. en la ley Eum qui cit.

(5) Ley In minorem, Cod. In quibus caus. restitutio.

(6) Ley 1. §. 1. Cod. de Annal. exception. ley Lex nulla, ff. de Judic. y ley 2. tit. 2. Partid 3. Morquech. de Divis. lib. 3. y cap. 5. dichos n. 29. al 33.

(7) Ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 2. y ley 34. tit. 9. Partid. 6 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 2. Morquech. ibi. n. 36.

parece que no debia percibirlos hasta que el heredero aceptase la herencia, le corresponden no obstante, por no ser necesaria, segun la ley recopilada, (1) su adiccion, ò aceptacion para la validacion del testamento, y de todo lo que contenga, si consta de la solemnidad que prescribe, como por Derecho comun, y de las Partidas se requeria. Pero si interviene tradicion, le pertenecen desde que ésta se le hace, porque desde entonces se le transfirió su dominio, por razon del qual los adquiere. (2)

117 Lo mismo procede quando fue hecha de cierta parte, ò quota de bienes, v. g. tercia, quarta, quinta, sexta, ù otra en ultima voluntad, è intervino tradicion verdadera, ò ficta de ella, ò asignacion de la cosa en que se habia de pagar. Mas no, si faltó la tradicion, pues entonces se le deberán solamente los frutos desde la mora cometida por el heredero despues de la muerte del testador, porque como no hay tradicion, ni señalamiento de bienes ciertos, por donde se infiera haberse transferido su dominio en el mejorado: y la asignacion de la quota en la universidad de la herencia solo presta derecho à ella, y no à bienes determinados, por la incertidumbre de los que se aplicarán al mejorado, (pues la aplicacion es arbitraria en el Juez, quando no hay asignacion) por eso tampoco debe haber frutos hasta que se haga la aplicacion, desde la qual empezarán, porque desde ella empieza la translacion del dominio en los bienes aplicados. A mas de que esta quota se puede pagar al legatario, ò mejorado en bienes que no sean fructiferos, porque no está prohibido quando es legado generico: y asi quedará à eleccion del here-

de-

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Ley Si quis bonorum, & ibi. Alex. al fin, y Jason n. 4. ff. de Legat. 1. glos. in leg. Non amplius, §. Cum bonorum, ff. eod. tit. Matienz. en dicha ley 4. tit. 6. lib. 5. glos. 3. n. 5. y 7.

dero el señalamiento de ellos, como por Derecho comun se le permitia, pues siendo de los de la herencia, cumple con el precepto de la ley 20. de Toro, inserta en el num. 16. que asi lo ordena, y solo prohibe que se pague en dinero. (1)

118 Dexando el testador bienes fructiferos, ò infructiferos, y mejorando por contrato, ò ultima disposicion à algun descendiente suyo legitimo en el tercio de sus bienes, ò en el tercio, y quinto indistintamente sin entregarselos, ni aun consignarselos, si se tarda algun tiempo en evacuar la particion (como frecuentemente suele suceder) à causa de haber que liquidar cuentas, cobrar creditos, ò por otro motivo que no dependa del mejorado, parece que deberá llevar desde la muerte de su padre, no solo el importe de la mejora, sino tambien los frutos, reditos, ò pensiones liquidas de los bienes fructiferos, ò redituables à proporcion de su haber, y no igualmente como los demás herederos: Lo primero, porque los frutos aumentan la herencia, (2) y por consiguiente el haber respectivo de cada participe, segun la legal voluntad del instituyente. Lo segundo, porque el mejorado está obligado à pagar las deudas de éste à prorrata de lo que le toca, (3) por lo que al modo que sufre el gravamen, debe percibir la utilidad. Lo tercero, porque en el instante que se verificó ser heredero, y aceptó la herencia, se le transfirió proindiviso el dominio de los bienes de ésta, y por consiguiente el de los

(1) Dichas leyes Si quis bonorum, y Non amplius. Angul. en la 4. glos. 6. n. 4. al 9. y n. 20. Matienz. ibi. n.7. y 8. Tell. en la 20. de Toro n. 16. y en la 26. n. 8. Gom. dicho cap. 12. n. 21. Morquech. dicho cap. 5. n. 40. al. 42. Ayor. part. 1. cap. 6. n. 13. al 16.

(2) Ley Hæres furiosi, §. fin. y ley Item veniunt, §. Item non solum, ff. de Petition. hæreditat.

(3) Ley 21. de Toro, que es la 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

los frutos en aquella parte como accesorios: y asi el mismo derecho debe ser de estos, que de ella: (1) y por haber permitido la proindivision, ò no haberse podido dividir la herencia, no es visto haber renunciado los frutos, que como mejorado le competen; y de no entregarsele, resultará, que con su importe se lucran los coherederos no mejorados sin tocarles: y que habiendo sido predilecto, y por consiguiente de mejor condicion, se constituía de peor, y se convertia en su detrimento la proindivision, quando à haberse hecho al instante la particion, se habria utilizado de sus frutos todo el tiempo que medió: y asi se debe retrotraer al de la muerte del mejorante. Lo quarto, porque al modo que si mientras los bienes estuvieron proindiviso, se hubiera menoscavado la herencia, correria la misma suerte la mejora: del propio modo habiendo tenido incremento con los frutos, debe tenerlo ésta tambien. Y lo quinto, porque mientras dura la proindivision subsisten los bienes en compañia, y asi cada socio debe llevar de los frutos, ò utilidades de ésta lo correspondiente al fondo que en ella puso, ò le dexaron, que es el haber respectivo à la herencia, y mejora. Por cuyas razones parece indubitado à primera vista, que los frutos se deben dividir à proporcion del haber de cada partícipe.

119 Pero sin embargo de ellas, lo contrario se debe practicar en el caso propuesto: y asi se han de divir con igualdad entre todos los interesados (ya sean legitimos, ò extraños) los frutos liquidos producidos por los bienes hereditarios, durante la proindivision: Lo primero, por lo expuesto en el num. 114. Lo segundo, porque aunque es cons-

(1) Ley Cum hæres instituti, ff. de Acquirend. possesion. y ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivindication. Ayor. part. 1. quæst. 30.

constante que los frutos aumentan la herencia, esto se entiende de los que el testador dexa pendientes en las fincas fructiferas, ò recogidos en sus troxes, ò paneras, que son parte de ella, mas no de los que despues de su muerte nacen, pues solo son, y se llaman herencia los bienes, que al tiempo de morir le pertenecen. Es asi, que no puede tener los que posteriormente à su muerte se crian, ni por consiguiente ser suyos, porque ya no tiene sér, ni capacidad para adquirir su dominio, por no existir *in rerum natura*, y donde no hay ente, no puede haber qualidad: luego tampoco pudo mejorarle en ellos. Lo tercero, porque de que esté obligado à pagar las deudas à prorrata de lo que le toca por la mejora, no se deduce que deba por eso percibir frutos de ella, porque hasta que se pagan, no la hay, ni tampoco herencia: es asi, que por esta razon se baxan, y deben baxar antes que todo, como he sentado en el cap. 3. del lib. 1. de este tratado: luego nada paga, ni se le desfalca, pues en lo ageno no puede mejorarle el testador. Lo quarto, porque el haber permitido la proindivision, no le presta el mas leve titulo, ni derecho para la percepcion de frutos como mejorado, antes bien por su silencio es visto que no los quiso, y que se contentó con los que como heredero le tocasen, pues à no haberlo querido, hubiera protestado no se le irrogase perjuicio en ellos, è instado à que se hiciese la particion en el estado en que se hallaba la herencia: y si no tuvo culpa en que ésta no se diviese, tampoco la tuvieron los coherederos, à quienes por delito que no cometieron, no se debe condenar: y asi imputese à sí propio el perjuicio, que por su inaccion, silencio, y tacito consentimiento conciba habersele irrogado. Lo quinto, porque para la adquisicion de frutos es indispensable el dominio absoluto, verdadero, è indubitado en la cosa que los produce, como de-

dexo sentado: es asi, que el mejorado en ninguna de la herencia lo tiene especifico por falta de tradicion, y consignacion, sino universal, è indistinto en todas, y cada una como los demás herederos, y por ignorarse quáles se le aplicarán, por ser arbitrario en el Juez, y deberse deducir primero, segun la ley 30. de Toro, los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, que tal vez consumirán todo el quinto, no pueden graduarse, ni estimarse quántos frutos han producido: (1) luego tampoco tendrá accion à ellos como mejorado, sino igualmente como heredero. Lo sexto, porque en la retrotraccion (que es una ficcion) se requieren copulativamente por Derecho (2) los dos extremos habiles: es constante que estos faltan de parte del testador, y del mejorado: del testador, porque jamás tuvo dominio en los frutos para haberle hecho mejora de ellos: del mejorado, porque no lo adquirió al principio por defecto de materia, que es la tradicion, ò asignacion de cosa cierta que le dexase, y pudiese llamar suya entonces, ò quando murió: luego aunque al fin tuviese capacidad, no pudo adquirirlo, ni por consiguiente se retrotraerá; pues para que haya lugar la retrotraccion, es menester que al principio, y fin esté expedito, y claro el derecho, y capacidad del interesado: en cuyo caso aunque intervenga algun motivo obstativo, ò suspensivo de su execucion, luego que éste cesa, se retrotrae al principio en que lo estuvo, por no ser del caso el tiempo medio, sino la habilidad en los dos extremos, v. g. en la donacion de cosa cierta, que se confirma con la muerte, en la qual si no intervi-

(1) Ayor. part. 2. quæst. 30. y 39. y part. 3. quæst. 17.

(2) Ley Si is, qui pro emptore, ff. de Usucapion. ley Bonorum, ff. Rem ratam haberi, y ley Necesario, §. Quod si pendente, ff. de Pericul. & commod. rei vendit. Bart. in dict. leg. Si is qui. Matienz. en la 10. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 15.

vino tradicion, aunque se retrotrae al tiempo del contrato, no puede surtir efecto en quanto à los frutos esta retrotraccion, porque el extremo à que se retrotrae, no es hábil para lucrarlos, por falta de dominio, y posesion, que son los que prestan, ò dan titulo para su percibo; lo que al contrario, quando intervino tradicion, y el donante se reservó la facultad de revocarla: en cuyo caso aunque el donatario no los haya percibido, se le deben desde el tiempo del contrato, al qual se retrotraerán, porque la qualidad revocable de la donacion, por la que estuvo suspenso su percibo, se separó omnimodamente por su confirmacion con la muerte del donante: y como por la tradicion, que es la sustancia de la donacion, adquirió el dominio, y posesion, y estos prestan titulo legitimo para los frutos, es lo mismo que si la donacion hubiera sido irrevocable desde el principio. Y lo propio milita para desde la muerte del donante, quando no hubo tradicion, pero sí asignacion de cosa cierta: pues sin embargo de que en este caso no se deben al donatario los frutos en vida del donante, se le deberán desde su muerte, porque desde ésta se transfunde la sustancia de la mejora en la cosa señalada, y en el mejorado, ò donatario su dominio, por el qual le competen. (1) Lo septimo, porque aunque es cierto que menoscavandose la herencia durante la proindivision, se menoscavará tambien la mejora; pero no, que aumentandose aquella con los frutos, debe aumentarse tambien ésta, pues de aquel antecedente no se sigue este consiguiente, por ser falso el supuesto en que se afianza, porque los frutos producidos despues de la muerte del testador no son parte de la herencia que dexó, sino de sus he-

re-

(1) Alex. in leg. Is cui bonis, ff. de Verborum obligationib. Angul. en la ley 4. tit. 6. lib. 5. gloss. 6. n. 5. 12. 13. y 14.

rederos, y asi no la aumentan por las razones expuestas en la segunda satisfaccion; por lo que como bienes privativos de estos en comun, se deben dividir con igualdad entre todos. (1) Y lo octavo, porque no hay entre ellos la sociedad que se aparenta, ni por el hecho de existir los bienes proindiviso se entiende haberla, si no se expresa: (2) pues para que en la legal censura se estime tacitamente contraida entre los hermanos, es preciso que copulativamente concurran los tres requisitos explicados en el cap. 4. §. 4. num. 84. y 88. del lib. 1. de este tratado; y faltando alguno, ni se contrae, ni tacitamente se renueva, aunque la haya habido; es asi que en el presente caso no solo no concurren, sino que falta la voluntad, y unanime consentimiento de todos, que es otro requisito, sin el qual no la hay; (3) pues cada uno apetece la conclusion de los negocios obstativos de la evacuacion de la particion, para que ésta se haga, y tomar lo que le corresponde: luego tampoco se deben dividir los frutos à proporcion del haber de cada partícipe, por no deberse conceptuar fondo puesto en la titulada sociedad que no hay. Por todo lo qual no queda duda en que la division de frutos en el caso propuesto se debe hacer con igualdad entre todos los herederos, y no à prorrata, deduciendo, y separando de la herencia ante todas cosas la mejora para el mejorado, y

(1) Ley In quantitate, ley In ratione legis Falcidiæ, y ley In Falcidia, ff. ad leg. Falcid. y ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. Ayör. part. 1. cap. 6. n. 9. y 10.

(2) Ley Ex parte, §. Filius 3. ff Familiæ erciscund. Bart. in leg. Titium, & Mœvium, §. Altero, n. 5. vers. Ex prædictis tamen, ff. de Administrat. tutor. Fulgos. y Paul. de Castr. in leg. Si patruus, Cod. Communia utriusque judic. & ibi, Salicet. n. 14. y 15. Socin. consil. 192. vers. Fateor enim, part. 2. Matienz. en la ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 23. y 26.

(3) Ley 1. tit. 10. Partid. 5. y ley Qui admittitur 19. ff. Pro socio.

y al residuo de aquella uniendo luego el importe liquido de los frutos: y hechas un cuerpo estas dos partidas, dividiendolo igualmente entre los herederos, incluso el mejorado, como si todo fuera herencia. Lo que tendrá presente el Contador, pues me costó mucho trabajo descifrar, y apurar la verdad legal, por no haber visto tocado este caso en Autor alguno con la claridad, extension, y fundamentos expuestos por la parte asertiva, y negativa, no obstante acaecer con frecuencia; por lo que tuve por preciso dilatarme en su exposicion.

120 Lo propio milíta, quando el padre, que en vida habia dado dote à hija, ò hecho donacion *propter nuptias* à hijo suyo, le mejoró en ultima voluntad, à fin de que no tuviese que restituir, y este mejorado, considerando tal vez que nada tiene que tomar, calla muchos años, y conociendo luego que los bienes tienen mucho valor, pide se haga la particion, y se le aplique lo que le falta con los frutos de su mejora: pues ningunos llevará por esta razon, y sí solo por lo que le falte para completar su haber como mejorado. (1)

121 Pero si el testador no dexa al hijo el tercio por via de mejora, ò prelegado, sino por via de institucion, v. g. lega el quinto à su muger, ò à otro, ò no dispone de él, y hace otras mandas en diferentes clasulas, y despues en la de herederos dice: *Y en el remanente de todos mis bienes muebles, raices, derechos, y acciones, instituyo por mis universales herederos à Pedro, Juan, y Diego mis hijos, excepto el tercio, que quiero, y mando lo lleve demás, ò por via de mejora dicho Pedro, y si es necesario, lo mejoro en él en la forma que mejor lugar haya en Derecho, &c.* en este caso afirma *Ayora part.* 3. *quest.* 17. *num.* 55. que

(1) Ayor. part. 2. quæst. 30.

que el mejorado llevará la parte de los frutos correspondientes al tercio, y despues partirá igualmente con sus hermanos: y que la razon de diferencia consiste en que en el primer caso el mejorado tuvo el tercio como prelegado, y à los legatarios no pertenece el aumento, ni diminucion de la herencia, sino à los herederos; pero en éste tocandole por derecho de institucion mas que à los otros hermanos, y perteneciendo à los herederos, como les pertenecen, los frutos cogidos despues, debe llevar como uno de ellos los correspondientes à su haber, arreglado à la institucion: por lo que se ha de atender à las palabras del testador, que proferidas de un modo, producen un efecto, y proferidas de otro, otro diverso, como en casos semejantes dixeron los Jurisconsultos Papiniano, y Paulo. (1) Yo dudo de la verdad de esta opinion, porque de qualquiera suerte que le dexe el tercio, siempre es mejora, ò prelegado: y concibo que lo mismo debe proceder, ya se le dexe, y lo perciba *jure directo* como heredero, ò *jure obliquo* como legatario; pero me sujeto al dictamen de los Legistas doctos, y juiciosos.

122 Habiendo dotado el padre à una hija en cierta cantidad, entregandosela en bienes muebles, y dinero quando se casó, y muerto despues; si la herencia que dexó, y consistió en bienes raices, estuvo muchos años sin partir, y al tiempo de su division pretende la den sus hermanos la parte de herencia que la toca con los frutos de ella integros, à cuyo fin colacionará todo lo que recibió en dote, no llevará sin embargo de su pretension mas frutos que los de aquella parte que le falte, para completar su legiti-

(1) Ley Unum ex familia, §. Sed; & si fundum, ff. de Legat. 2. y ley Plautius, ff. de Auro argent. legat Bart. in leg. Centurio col. 4. n. 20. y sig. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution.

tima; y si la dote importa tanto quanto el todo de ésta, nada llevará de la herencia, porque ya la tiene recibida, ni por consiguiente de sus frutos, porque estos tocan à sus hermanos, como producto de sus legitimas, sin que la sirva alegar que fue perjudicada, por no haber llevado cosa alguna en bienes raices: porque à mas de haberse contentado con los que se la entregaron, no pudo compeler à su padre à que de ellos la dotase: pues es arbitrario en él el dexar à sus hijos la legitima en los que quiera, con tal que no los grave en ella, ò en su importe. (1)

123 Si el testador mejora en cosa cierta, ò en el tercio de sus bienes, ò en el tercio, y quinto à uno de sus hijos, consignando la mejora en bienes determinados, que atendido su liquido caudal, no exceden del valor de ella, no llevará el mejorado como tal mas frutos que los que durante la proindivision rentaron la finca, ò fincas señaladas, ya sean muchos, ò pocos, los quales se separarán del total cúmulo para su aplicacion: porque por la consignacion se le transfirió unicamente el dominio de las consignadas, y por consiguiente el derecho privativo à sus frutos integros, y no à mas en el concepto de mejorado; pero de los que hayan redituado los demás bienes productivos, partirá igualmente con los coherederos por el derecho de legitima que à cada uno corresponde; à cuyo fin se agregarán estos al acervo del residuo de la herencia despues de separados la mejora, y frutos de ella.

124 Mejorando el padre, ò madre à uno de sus hijos en el tercio, y quinto con consignacion en cosa cierta, y señalando à otro su legitima en otra, aunque la de éste produzca mas frutos que la de aquel, no podrá pretender por razon de su mejora mas que los que su alhaja produ-

xo,

(2) Ayor. part. 2. quæst. 28.

xo, porque el otro hijo adquirió igual dominio en la de su legitima, que él en la de su mejora, y los frutos siguen el de la cosa que los produce: (1) y como se transfirió respectivamente en cada uno desde la muerte del testador, (2) llevarán los frutos que sus fincas señaladas produxeron, mientras no se dividieron los bienes de la herencia que dexó; en cuyo caso el mejorado no obstante tocarle mas parte de ésta, percibirá menos frutos por su mejora, que el que no lo fue, y llevará su legitima en los demás bienes que haya, ya sean, ò no productivos, pues segun Derecho, (3) no se debe atender al valor que la herencia tiene con el aumento de frutos, ni estos se la deben agregar, como quando no hay consignacion, sino al que tenian quando falleció el mejorante, porque en este caso, cada uno adquiere solamente el dominio en su alhaja, ò alhajas consignadas, y en el otro lo tienen todos proindiviso en todo, y por eso la herencia, y sus frutos se hacen cúmulo universal, despues de separada, y deducida de ella la mejora, y se dividen con igualdad entre todos.

125 Si el ascendiente mejora à un hijo, ò descendiente en el tercio, y quinto, consignandolo en una alhaja raiz, y mandando, que si el valor de ésta excede à la mejora, lleve en cuenta de su legitima el exceso, y muerto el mejorante, se averigua que la alhaja vale mil ducados, (por exemplo) y excede à la mejora en doscientos, los quales debe llevar por parte de legitima, y no se hace la particion en quatro años, en cuyo intermedio renta la alhaja tres-

(1) Ley Ex diverso, §. Ubi autem, ff. de Reivindication. ley Herennius Modestinus, ff. de Usur. & fruct. y leyes 1. y 2. ff. Si pars hæreditat. petat.

(2) Ley A Titio, ff. de Furt. ley 2. Cod. Communia de Legat. y §. Nostrum, institut. de Legat.

(3) Ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. ley In ratione legis Falcidiæ, ff. ad leg. Falcid. y leyes 19. y 23. de Toro.

trescientos liquidos, y otros bienes raices del difunto mil y ciento, que en todo componen mil y quatrocientos, se pregunta, ¿cómo se dividirán con justificacion estos frutos? Y se responde, que de los trescientos ducados que rindió la alhaja en los quatro años, llevará unicamente el mejorado en el concepto de tal doscientos y quarenta, que son la parte correspondiente à los ochocientos que importó la mejora, y los sesenta se le aplicarán tambien como frutos que produxo la parte de legitima, que se le consignó en la alhaja, en la que adquirió el dominio por la consignacion: y de los mil y ciento que rindieron los demás bienes raices, llevará la que le corresponda por la legitima que le falte, y deba haber en estos, baxados los doscientos que en la alhaja le tocan: porque de aplicarle los trescientos por la mejora sola, y luego la parte correspondiente à los mil y ciento, como uno de los herederos por su legitima con igualdad à los demás partícipes, salian perjudicados estos en los sesenta, producto de los doscientos, que en la alhaja llevaba por parte de legitima. De aplicarle igual parte de frutos de ellos, como si nada tuviera en cuenta de legitima, se les perjudicaba igualmente, por tener tomados los doscientos en cuenta de ésta, y sus frutos. Y de unir los sesenta à los mil y ciento, y partirlos con igualdad entre todos, podian ser perjudicados el mejorado, ò los demás: y asi en aplicandole los frutos correspondientes à la parte de legitima, que baxados los doscientos le falte que tomar, à nadie se grava, pues los sesenta producto de estos, son para él solo, y debe contentarse con ellos, ò no admitir la parte de la alhaja en cuenta de legitima. Pero si no le consignare el exceso por parte de legitima, se unirán los frutos sobrantes de la mejora, v. g. los sesenta ducados à lo que rindan los demás bienes raices, y ya sean muchos, ò pocos, se dividirán entre todos los herederos.

Lo

126 Lo qual milita, y debe practicarse asi, aunque el padre vincúle la mejora, y lo que por parte de legitima toque al mejorado en la finca, ò fincas consignadas, pues no obstante el gravamen de vinculacion, que en la legitima puede imponerle, (sin embargo de que por ésta nada mas le toque, y valdrá en este caso, (1) como he sentado en el cap. 8. de mi primera parte num. 44.) debe hacerse la division de frutos en los terminos referidos, porque el gravamen, à mas de no estenderse à ellos, no es impuesto à los coherederos, sino al mejorado, por lo que no se les debe defraudar lo que les toca.

127 Teniendo dos hijos el testador, si mejoró al uno en tercio, y quinto, consignandole el tercio en ciertos bienes que lo importaron, mandando llevase el quinto en dinero, ò en otros muebles, y señalando al otro por cuenta de su legitima otros bienes raices, y à mas de los señalados à ambos hijos, dexó otros raices, y muebles, y el mejorado se apoderó solamente del quinto, ò parte de él para cumplir el entierro, y mandas, por lo que los bienes del tercio, y todos los demás estuvieron sin dividir; y habiendose llevado cuenta de lo que respectivamente produxeron todos, resultó, que durante la proindivision rindieron de frutos liquidos mil y quinientos ducados, en esta forma: quinientos los de la mejora, trescientos los de la legitima del otro hijo, y setecientos los restantes; en este caso se han de aplicar privativamente al mejorado como tal los quinientos, y à su hermano los trescientos, y se han de dividir por mitad entre los dos los setecientos, y de esta suerte ninguno queda perjudicado en los que le

(1) Dicha ley Unum ex familia, y §. Sed, & si fundum, ff. de Legat. 2. y ley Imperator, §. Si centum, ff. eod. tit. y ley Sed si non servus, ff. ad leg. Falcid. Sr. Roxas Almans. de Incompatibilit. disput. 2. quæst. 7.

le corresponden por su legitimo haber. Pero si cada uno se apodera de los bienes raices que se le consignaron, y percibe sus frutos, y los demás quedan proindiviso, de estos solos se han de partir con igualdad los que produzcan, y no hay que hacer merito de los otros, porque ya los tienen sus respectivos dueños.

128 Habiendo frutos pendientes quando fallece el testador, en los bienes en que consignó la mejora, parece los llevará el mejorado como parte de estos, porque los frutos siguen el fundo en que existen, (1) y se entienden incremento suyo, y una misma cosa con él, y no de la herencia: por lo que no habrá que inventariarlos, ni tasarlos. Pero no obstante, se debe distinguir: si dexa viuda, se han de inventariar, y tasar, porque la toca la mitad de su importe liquido; y lo propio milita si ella muere, y queda su marido, (2) como dexo sentado en el cap. 5. lib. 1. de este tratado.

129 Si no hay superstite, se subdistingue: ò el difunto testó entre herederos legitimos, ò extraños: si entre legitimos, se han de inventariar, y tasar igualmente, y aplicarse al mejorado, no como frutos pendientes, sino como parte de mejora, y de hacienda que dexa el testador, de la qual se debe deducir en quanto quepan en el tercio, quinto, y legitima, atendido todo el caudal que se encuentre pertenecerle, porque el exceso es inoficioso, y debe restituirlo à los coherederos, à quienes no se debe gravar en la legitima que por Derecho les toca, como queda advertido en el num. 21. Lo qual procede, ya el testador le haya mejorado en tercio, y quinto, consignando en

(1) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication. y ley final, §. Fructus, ff. de Iis, quæ in fraudem creditor.

(2) Ley 4. tit. 9. lib. 5. Recop.

en los mismo bienes la mejora, ò solamente en estos, sin expresar si era por parte de tercio, y quinto, pues en ambos casos se ha de atender por la razon expuesta à si caben, ò no en aquello, en que el Derecho le permite mejorar à sus descendientes legitimos, aun quando en los mismos bienes no haya frutos pendientes, pues de lo contrario se infringian su voluntad, y las leyes, y eran perjudicados los demás hijos.

130 Y si testó entre extraños, por carecer de legitimos, se subdistingue: ò le mejoró en ciertos bienes sin mas expresion, ò en el tercio, y quinto, ò en otra quota, consignando en ellos la mejora. Si le mejoró en bienes ciertos que señaló, entonces (como que es legado, ya sea de mucho, ò poco valor, y el testador puede disponer à su arbitrio, sin tener que atender à si grava, ò no à los coherederos, porque entre extraños no media el inconveniente de legitima como entre los forzosos) se le aplicarán como frutos pendientes, que son parte de las mismas fincas, y las siguen. Pero si le mejoró en el tercio, y quinto, ò en otra quota de sus bienes, pertenecen à la herencia los mismos frutos, y se han de tasar con los bienes de ésta, porque lo son, y la aumentan: y cabiendole en la quota consignada, se le entregarán con las fincas en que existen, y si no, de ningun modo, porque se perjudicaria à los coherederos, y se le daria contra la voluntad del testador mas que aquello en que le habia mejorado; pues la consignacion fue para que en parte de la mejora se le aplicasen irremisiblemente las fincas, y no otra cosa en su lugar, mas no para que llevase los frutos en ellas pendientes, si no le cabian en la quota en que le habia mejorado. Lo qual se entiende, excepto que mande lo contrario.

131 Siempre que el titulo de la mejora que se hace, se reduce à no titulo, debe el mejorado restituir con frutos

tos la finca, ò cosa en que lo fue, porque ninguno presta al mejorado para la adquisicion de ellos. (1) Al modo que en la donacion *causa mortis*, la qual quando se revoca, se reduce à no causa, por estar suspensa, y sin efecto mientras vive el testador, (2) y hacerse la revocacion, como desde entonces; (3) por lo que la cosa donada se debe restituir con frutos desde el tiempo en que la donacion se hizo. (4) Y lo propio milita en la *condicional*, que por la condicion se resuelve, como si nunca hubiera sido hecha. (5) Lo que al contrario, quando sobrevino la condicion, pues es lo mismo que si el contrato hubiera sido puro desde el principio, y permanecido asi. (6)

132 Y si el titulo no se reduce verdaderamente à no titulo, sino que se revoca, se debe restituir la cosa donada sin frutos; (7) por lo que sin embargo de que por el superveniente nacimiento de los hijos se revoca la donacion, no vienen los frutos, sino desde el nacimiento, y ciencia del donatario, (8) porque no están comprehendidos

(1) Felin. in cap. Cum causa col. 8. vers. Respectu autem fructuum de Rejudicat. Roman. consil. 454. Morquech. de Divis. lib. 3. cap. 5. n. 1.

(2) Ley Seja, ff. de Donation. caus. mort.

(3) Ley Cum quis, ff. de Condition. ob caus. y ley Generaliter, §. Pro inde, ff. de Fideicommissar. libertat.

(4) Dicha ley Cum quis, y ley Videamus 2. §. Idemque, ff. de Usur. Bart. & DD. in leg. Si mortis causa, ff. de Donation. caus. mort. Bald. consil. 294 verb. Donatio causa mortis vol. 3. Angul. en la ley 1. glos. 12. n. 6. 9. y 15. tit. 6. lib. 5. Recop. Morquech. ibi.

(5) Ley Pecuniam, ff. de Reb. credit. si cert. petat. ley Necessario, ff. de Pericul. & commod. rei vendit, y ley Si quis fundum, ff. de Contrahend. emption.

(6) Alex. in dict. leg. Pecuniam n. 4. Angul. en dicha ley 1. y glos. 12. n. 3.

(7) Ley Si unquam 8. Cod. de Revocand. donation. y ley 8. tit. 4. Partid. 5.

(8) Rip. in dict. leg. Si unquam n. 99. Tiraquel. en ella n. 280. Morquech. lib. 3. de Division. cap. 5. n. 2. y 3. Angul. ibi. n. 10.

dos en la cosa donada, para que con ella se revoquen. (1) Lo qual se entiende, no obstante que los frutos sean naturales, pues mientras posee, aunque sea con titulo revocable, es verdadero dueño, y asi los hace suyos, y puede pedir, y repetir las impensas, y mejoras hechas en la cosa donada, sin estar obligado à compensarlas con ellos. (2)

133 Pero es de advertir, que en este caso basta la ciencia del nacimiento por parte del donatario, sin ser necesario que el donante exprese que quiere revocar la donacion, (como algunos afirman) porque el donatario, por lo mismo que lo sabe, no ignora que posee sin titulo, ò à lo menos con titulo nulo, pues lo mismo es no tenerlo, que ser por Derecho nulo; (3) por lo que es poseedor de mala fé, y como tal debe restituir los frutos que queden liquidos, deducidas las expensas hechas en sus labores, siembra, y recoleccion. (4)

134 Mas no deberá restituir los percibidos, y consumidos antes de la ciencia del nacimiento de los hijos, por haber tenido buena fé, (5) pues el que posee de esta suerte, hace suyos los percibidos hasta la litis contextacion, ya sean naturales, ò industriales, y se haga, ò no mas ri-

(1) Glos. in leg. Generaliter, §. Proinde, verb. Ex aliqua causa, ff. de Fideicommissar. libert. Ley In ædibus, §. Ex rebus, y ley Cum de Donatione, ff. de Donationib. Morquech. dicho cap. 5. n. 4.

(2) Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 26. n. 14. Palac. Rub. in Rubr. §. 62. n. 15. Aflict. de cis. 87. col. 2. verb. Item ex quo. Alex. consil. 123 al fin lib. 1. Bertrand. consil. 285. col. 2. vers Ad tertium lib. 1. Angul. dicha glos 12. n. 22. y 23.

(3) Ley Nec ullam, ff. de Petition. hæreditat. Angel. in leg. Sed, & si paratus, ff. Quod metus causa. Roland. consil. 9. col. fin. y consil. 41. n. 31. vol. 4. Morquech. dicho cap. 5. n. 5. lib. 3.

(4) Ley Si navis, §. fin. y ley Fructus, ff. de Reivindication. ley 40. tit. 28. Partid. 3. y §. Illorum institut de Offic. judic. Morqueh. ibi. n. 6. y 7.

(5) Ley Certum, Cod. de Reivindicat. y ley 39 & ibi. glos. tit. 28. Partid. 3. Morquech. ibi. n. 8.

rico con su importe, porque se equipara al verdadero dueño en quanto à ellos; y ya los haya adquirido por titulo oneroso, ò lucrativo; (1) y aunque algunos hacen distincion, pero la ley no la hace, sino en quanto à los naturales, que producen los arboles sin trabajo del hombre, y asi no debemos hacerla; y aun en quanto à estos se entiende, si con ellos se hizo mas rico. Sobre cuya distincion, y obligacion veanse las leyes 39. y 40. tit. 28. Partid. 3. y su glosa, pues por no tocar rigorosamente à este asunto, no me dilato mas.

135 De lo explicado se prueba, que quando los bienes de la mejora se entregaron al mejorado, de tal suerte, que su dominio se transfirió en él, y la mejora se revocó por su ingratitud, debe restituir los frutos desde el dia en que fue ingrato, porque desde entonces está constituido poseedor de mala fé, (2) y no antes, porque la mejora fue perfecta, y duró su perfeccion hasta la comision de la ingratitud, hasta la qual como verdadero dueño los hizo suyos. (3)

136 Lo propio milíta quando la donacion, ò mejora entregada se revoca en el todo, por haberse reservado el mejorante, ò donante la facultad de revocarla; pues aunque por esta reservacion se hace revocable, no obstante, como el mejorado se constituye verdadero dueño, y la reservacion de la revocacion no suena, ni hace veces de con-

di-

(1) Ley In bonæ fidei, ff. de Acquirend. rerum dominio, ley Qui scit, vers. Porro, ff. de Usur. y ley 4. §. 1. verb. Lucrari, ff. Finium regundor. Angul. en dicha ley 1. y glos. 12. n. 21.

(2) Rip. in leg. fin. n. 221. Cod. de Revocand. donation. Tiraquel. in leg. Si unquam cit. n. 278. verb. Revertatur.

(3) Glos. in leg. Non amplius, §. Cum bonorum, ff. de Legat. 1. Angel. al princip. Alex. al fin. y Jason n. 11. in leg. Si quis bonorum, ff. eod. tit. Mosquech. num. 3. y cap. 5. cit. n. 9. Angul. en dicha ley 1. glos. 12. n. 12.

dicion suspensiva, ni impide el efecto de la donacion, por eso lucra por razon del dominio adquirido los frutos de la donacion, ò mejora, porque el titulo de estas no se estima por no titulo desde el dia en que se hizo, sino desde el de su revocacion; y por lo mismo puede pedir las expensas, y aumentos utiles hechos en sus bienes, sin que esté obligado à compensarlos con sus frutos, (1) como queda expuesto.

137 Habiendo casado el padre à una hija de su primer matrimonio, cuya madre llevó bienes raices, ò redituables, y dadola en dote bienes muebles, y dinero, quedandose con los fructiferos de su madre, se pregunta, ¿si muerto el padre, y restituyendo la hija los bienes que la dió en dote, tendrá accion à pedir los maternos con los frutos producidos desde que se casó, por corresponderla su usufructo desde entonces, y estar obligado su padre à restituirselo, segun la ley 48. de Toro, sin reservar para sí parte alguna de él? A que se responde, que si la hija era mayor de veinte y cinco años quando se casó, equivalia el valor de la dote al que tenian los bienes maternos, y consintió expresamente, que su padre la diese los muebles en lugar de los que su madre habia llevado: no puede intentar se le entreguen estos, ni sus frutos, porque es visto que entre ella, y su padre hubo permuta, ò venta de unos por otros. (2) Y si los maternos tenian mayor valor quando contraxo matrimonio, se entiende haberlos comprado su padre, y transferidosele su dominio hasta en el precio que dió à su hija, y no mas, y el exceso regulado

(1) Glos. Bart. y Bald. en la ley Emptor, ff. de Reivindication. Sr. Molin. de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 26. n. 14 Angul. ibi. n. 7. 8. 22. y 23. Morquech. ibi. n. 10.

(2) Arg. leg. Eleganter, ff. de Pignoratit. action. & ibi. DD. & in leg. 2. ff. de Reb. credit. si certe petat.

do segun el tiempo del casamiento, y no segun el posterior, (1) se la deberá dar con los frutos.

138 Si quando se constituyó su dote, dixo que con los bienes que se la entregaban, se daba por contenta, y enteramente satisfecha de los maternos, no los podrá pretender, y solo habiendo lesion en el valor de los recibidos, y haciendola constar, segun, y en los casos por Derecho prescriptos, se la resarcirá. Pero si la hija no concurrió al contrato dotal, y su marido intervino solo, y lo firmó, queda salva su accion para deshacerlo, y pedir los bienes maternos con sus frutos desde el tiempo del matrimonio, porque por no haber consentido, no perdió el dominio que en ellos habia adquirido, ni es visto haber habido permuta, ni venta, ni su silencio la perjudicó tampoco, porque media la reverencia à su padre, ni el marido tuvo potestad para perjudicarla; pues como dice el Derecho, (2) à nadie puede pasar el dominio de lo ageno sin la voluntad de su dueño.

139 Y si la hija era menor quando se casó, no valió *ipso jure* la permuta, y enagenacion: por lo que puede pedirlos con los frutos liquidos desde entonces producidos, debolviendo la dote que su padre la dió. (3) Pero en este caso deberá bolver el dinero con los intereses à él correspondientes, desde el dia en que se casó, si quiere los frutos de sus bienes raices, y el exceso se la restituirá: pues de lo contrario se lucraria con estos, y con aquellos indebidamente. Lo qual entiendo, ya el marido hubiese querido mas el dinero, que los bienes, ò no, porque no pudo perjudicarla en cosa alguna, ni quitarle la accion, que

à

(1) Ley Titia 62. ff. de Jure dot.

(2) Ley Id quod nostrum 11. ff. de Regul. jur. y ley 13. tit. 34. Partid. 7.

(3) Arg. leg. Cum amplius solutum, ff. de Regul. jur. & ibi. DD.

à los bienes maternos la competia en consecuencia de la translacion, que de su dominio se la habia hecho por muerte de su madre, ni su padre quedarse con ellos. Acerca de lo qual vease à *Ayor. part.* 2. *quest.* 33. pues al Contador, como que no lo ha de decidir, poco le importa.

CAPITULO III.

SI LOS HIJOS, Y DESCENDIENTES legitimos, à quienes sus ascendientes dotaron, ò hicieron donaciones en vida, deberán, ò no colacionarlas por su muerte con los demás herederos.

SUMARIO.

§. I.

1. *INtroduccion à este capitulo.*

2. *¿Qué es colacion, por quién, y à qué fin se introduxo?*

3. *¿Qué es computacion, ò imputacion, y quándo tiene, ò no lugar?*

4. *¿En qué se diferencian la imputacion, y la colacion?*

5. 6. *En tres casos se debe hacer la colacion, ya muera testado, ò intestado el donante, excepto que éste la prohiba expresamente.*

7. al 13. *Para que haya lugar la colacion, se requieren seis circunstancias.*

14. 15. 16. *Entre los descendientes legitimos há lugar la colacion sin diferencia de sexo, emancipacion, ò patria potestad, ya los haya ins-*

instituido su padre con igualdad, ò desigualdad, y en cosas ciertas, ò inciertas.

17. *No há lugar entre herederos extraños instituidos solos, ò con los hijos del testador.*

18. *Ni entre los transversales consanguineos.*

19. *Ni entre los ascendientes, excepto en un caso.*

20. *Ni tampoco con los hijos naturales, adoptivos, ni legitimados por el Principe, habiendolos legitimos.*

21. *El hijo, ò hija excluidos de heredar por estatuto, ò costumbre, ò por haber renunciado con juramento sus legitimas, ¿si deberá, ò no colacionar lo que en vida recibió de sus padres?*

22. *No están obligados los hijos à colacionar lo que recibieron de sus padres, quando vienen à heredar à sus abuelos, que nada les dieron.*

23. *Deben colacionar los nietos lo que despues de muertos sus padres les dieron sus abuelos, excepto en un caso.*

24. *Y lo que sus abuelos dieron à sus padres, si lo heredaron de estos.*

25. *No deben colacionar lo que sus abuelos les dexan, quando instituyen à sus hijos en su legitima, y à ellos en los demás bienes suyos.*

26. al 31. *Ni lo que sus abuelos dieron à sus padres, y estos consumieron, por lo que no llegó à su poder.*

32. *Habiendo hijos de dos matrimonios, si el padre dió à los del primero su legitima materna, y algo mas, deben hacer dos colaciones.*

§. II.

33. al 38. ¿Quáles se llaman bienes adventicios, profecticios, castrenses, y quasi castrenses?

39. *Los descendientes legitimos deben colacionar lo que hubieron en vida, y les provino de la herencia de su ascendiente, si la aceptan.*

40. 41. 42. *Aceptando las hijas la herencia de sus padres, deben colacionar la dote, y donacion* propter nuptias,

tias *que recibieron de ellos, excepto en un caso.*

43. *Repudiando la berencia, y contentandose con su dote, ¿si deberán, ò no colacionar ésta?*

44. 45. *Deben colacionar las demás donaciones que sus padres las hicieron, y lo que por mera contemplacion de estos las dieron otras personas.*

46. *No está obligada la hija à colacionar el dinero que alguno la dió por haberla desflorado. Y lo mismo procede para con el que dió al hijo, por la injuria que le hizo.*

47. *Ni tampoco la dote, ni donacion que algun otro la hizo.*

48. al 51. *¿Qué cosas debe, ò no colacionar la hija Religiosa de las que la dieron sus padres?*

52. *Debe colacionar el hijo, no solo lo que hubo de sus padres, sino lo que estos dieron por su contemplacion à su esposa.*

53. *No está obligado à colacionar los gastos, que con titulo, y celebridad de su boda hicieron sus padres, ni otros, de que ninguna utilidad recibió.*

54. *Deben colacionar los hijos los oficios públicos vendibles, y transmisibles, que para ellos compran sus padres, pero no, si no lo son.*

55. 56. *Hijo, ¿si deberá, ò no colacionar lo que su padre gastó en las Bulas para obtenerle Dignidad Eclesiastica, ò erigir Beneficios Eclesiasticos?*

57. 58. *¿Y la donacion que le hizo con titulo de patrimonio para ordenarse?*

59. *No solo deben colacionar los hijos la dote, y donacion* propter nuptias, *sino lo que para subvenir à alguna urgencia les dieron despues sus padres.*

60. 61. 62. *Hijo que está baxo de la patria potestad, ¿si deberá, ò no colacionar el usufructo de sus bienes adventicios, que su padre le donó expresa, ò tacitamente?*

63. 64. *No está obligado à colacionar el usufructo, he-*

herencia, ù otra cosa que su padre no quiso adquirir.

65. 66. *Hijo casado, ¿si podrá repetir de los coherederos el usufructo de sus bienes adventicios, que su padre le retuvo, y no le demandó mientras vivió, y los frutos de su beneficio, y sus bienes castrenses, y quasi castrenses, aunque sea soltero?*

67. *Los frutos que el hijo percibió de sus bienes adventicios despues de la tacita, ò expresa remision de su padre, se constituyen del mismo hijo.*

68. *No debe colacionar el hijo emancipado el fundo, ò cosa, que al tiempo de la emancipacion le dió su padre.*

69. *Ni lo que gastó con él en enseñarle la Gramatica, y otros Artes, sin los que no puede vivir.*

70. *Teniendo el padre bienes propios de su hijo, se entiende hacer de ellos, y no de los suyos los gastos referidos.*

71. *Quando por protesta del padre, ò por congeturas se colige haber querido se imputasen al hijo en su legitima, los colacionará, excepto en un caso.*

72. 73. *Si por la donacion resulta grande desigualdad entre los hijos, ò el hijo no aprovechó en el estudio, ò convirtió en malos usos lo que su padre gastó con él, ¿qué debe colacionar?*

74. 75. *¿Quándo debe el padre hacer la protesta, para que à su hijo se imputen, y colacione los gastos expresados?*

76. *No debe colacionar el hijo los que su padre hizo con él para que aprendiese ciencias mayores, ò fuese à la guerra.*

77. 78. *¿Si deberá, ò no colacionar el importe de los libros que su padre le dió para estudiar?*

79. 80. *No está obligado à colacionar el peculio castrense, ni quasi castrense.*

81. 82. *Ni los gastos hechos en obtenerle algun honor invendible, ò en condecorarle con los Grados de Doctor, ò Licenciado.*

83. *Ni lo que expendió en redimirle de cautiverio.*

84. *Ni tampoco lo que pagó voluntariamente por él en pena del delito que cometió, excepto en un caso.*

85. 86. *No son colacionables las pensiones que el Rey, ò Reyna hacen à alguno, excepto en un caso.*

87. *No debe colacionar el hijo los bienes, que con su mera industria adquirió.*

88. al 91. *¿Si deberá, ò no traer à colacion lo que adquirió con el caudal de su padre, y por haber administrado su hacienda, se le deberá dar salario?*

92. 93. *No debe colacionar lo que por sus meritos condignos le donaron sus padres.*

94. 95. *Son colacionables las donaciones causales, pero no las simples, excepto en tres casos.*

96. 97. *¿Quales se llaman donaciones simples, y quáles causales?*

98. 99. *Contador, ¿quándo ha de estimar por mejorado al donatario, y cómo ha de considerar, y deducir la mejora?*

100. 101. *¿Si la nieta, ò su padre deberán, ò no colacionar por muerte del abuelo la dote que éste la dió para casarse?*

102. *No habiendo comprado el enfiteuta el enfiteusi de* nominacion, *si nombra en vida, ò en testamento à su hijo para que lo goce, no está obligado à colacionarlo, ni su estimacion.*

103. *Si el padre lo adquirió, ò por su respecto se concedió al hijo, debe colacionarlo.*

104. 105. *Y si lo compró, tendrá el hijo que colacionar el precio que su padre desembolsó por él.*

106. al 109. *¿Si el hijo deberá, ò no colacionar las mejoras hechas por su padre en la finca enfiteutica?*

110. *Nombrando el padre al hijo, y entregandole en vida la finca enfiteutica, debe colacionarla, aunque no hubiese sido comprada, ni mejorada.*

111. *Debe colacionar el nie-*

nieto el enfiteusi de nominacion, *al modo que el hijo.*

112. *Si el enfiteuta nombra à un extraño al goce del enfiteusi mejorado, ¿qué deberá pagar éste, si aquel tiene descendientes legitimos?*

113. 114. *Si el padre donó en vida à algun hijo la alhaja enfiteutica, ò no dispuso de ella, y quando la tomó en enfiteusi perpetuo, fue con la condicion de no poderse dividir jamás, ¿qué se debe hacer?*

§. III.

115. *LA colacion se puede hacer de tres maneras.*

116. 117. *Se debe colacionar la cosa recibida, si existe, y no su valor, ò estimacion, excepto en quatro casos.*

118. *¿A quién compete la accion de colacionar, y pedir la colacion, y como se puede intentar?*

119. 120. *¿Quáles dotes, y donaciones se llaman inoficiosas, y qué se ha de mirar para ver si lo son, ò no?*

121. *El hijo, ò hija, à quien su padre dió algun fundo sin aprecio, ò con el que no causó venta, debe colacionarlo por el que se le dé al tiempo de la colacion, sino se mejoró por su industria, ni se deterioró por su culpa.*

122. 123. *Si fue apreciado con estimacion que causó venta, debe colacionarlo por el precio que se le dió entonces.*

124. *Y si el fundo se hizo mas precioso por la mera industria del hijo, y se le dió estimado, ò inestimado, ¿por qué valor lo colacionará?*

125. *Siendo apreciados, ò no los bienes muebles, y semovientes, ¿como debe colacionarlos?*

126. 127. *Habiendo perecido sin culpa del hijo despues de la muerte del donante los bienes que le dió sin aprecio, no debe colacionarlos, pero sí en caso de tenerla.*

128. *Y si perecieron en su vida, sin haber tenido culpa, tampoco los colacionará.*

Si

129. *Si el hijo que repudia la herencia de su padre, estará, ò no obligado à colacionar lo que en vida le dió?*

130. *Hija debe restituir el exceso de la dote que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, no solo disuelto el matrimonio, sino constante éste.*

131. 132. 133. *Dotando el padre en vida à la hija, y aceptando, ò repudiando ésta su herencia, ¿si deberá colacionar la dote con los frutos que la finca dotal produxo, ò solamente con los de lo inoficioso, y desde qué tiempo ha de restuir estos?*

134. *Hijo, si deberá restituir los frutos de lo que su padre, ò madre le donaron en vida, y desde quándo?*

§. IV.

135. *SE proponen los dos puntos de que tratará este parrafo.*

136. al 140. *Para que el Contador pueda resolver con acierto los casos que le ocurran acerca del modo de deducir las mejoras, se le dán cinco reglas.*

141. *Por Derecho antiguo se permitia sacar las mejoras de los bienes que los descendientes colacionaban.*

142. al 144. *Por Derecho Real está prohibida esta exaccion, y deduccion, no solo en la dote entregada, sino en la prometida, y en las donaciones causales.*

145. 146. 147. *Se limíta lo expuesto en los dos casos que se refieren.*

148. *Haciendo el padre en vida à uno de sus hijos donacion simple, que no completó el total de la mejora, y por ultima disposicion mejorando expresamente à otro en el tercio, y quinto de sus bienes, ¿si se cumulará, ò no la donacion al total de los que dexó, para deducir esta mejora?*

149. al 153. *Para la inteligencia, y resolucion de este caso se forma la cuenta de quatro modos, y se exponen las opiniones.*

154. 155. 156. *Se explican*

can al intento las leyes 19. 23. *y* 25. *de Toro.*

157. 158. *Se explica tambien la* 26. *de Toro, y se resuelve el caso.*

159. al 162. *Se propone el argumento contrario, y se satisface à él.*

163. al 166. *Mejorando expresa, è indistintamente el padre por contrato irrevocable à un hijo en el tercio de todos sus bienes, y entregandole parte de ellos à cuenta de la mejora; ò haciendole donacion causal en vida, y mejorandole despues por ultima voluntad en él, ¿si para la deduccion de la mejora se deberá, ò no hacer cumulacion de lo entregado en vida al hijo, ò se ha de sacar solamente de los bienes que el testador dexa por su muerte, y unir luego el residuo con lo entregado, para dividirlo igualmente entre todos los herederos?*

167. 168. *Teniendo el padre quatro hijos, si entrega à cada uno su legitima corta, quedandose solamente con el tercio, y quinto de los bienes que entonces posee, y despues mejora à uno de ellos, y no dexa mas bienes que los con que se quedó, ¿si la mejora se deberá deducir solamente de estos, ò unirse numericamente el importe de las legitimas entregadas para su deduccion?*

169. 170. *Legando el padre à hijo suyo, ò à extraño, ò por su alma el quinto de sus bienes, ¿si se deberá deducir solamente de los que dexa, ò tambien de los que sus hijos colacionan?*

171. 172. *Toca à la viuda pobre la quarta parte de los bienes de su marido rico, aunque adquiera despues otros, ò con su trabajo pueda alimentarse, y aunque su marido la legue el quinto, y la mande contentarse con él; pero no si la lega lo suficiente para mantenerse.*

173. *Esta quarta se entiende siendo tres, ò menos los hijos; pues si son mas, se igualará con ellos.*

174. *Bolviendo a casarse la viuda, debe reservar*

à sus hijos la propiedad de la quarta, y la compete solamente su usufructo mientras viva.

175. *La quarta marital como deuda se ha de baxar antes que la mejora de tercio, y quinto.*

176. 177. 178. *Aunque el padre mejore irrevocablemente à un hijo antes de casarse segunda vez, no disminuirá esta mejora la quarta, excepto que esté entregada al mejorado al tiempo de casarse su padre.*

§. I.

QUE ES COLACION: POR QUE RAZON se introduxo: qué se requiere para que haya lugar; y entre qué personas debe, ò no hacerse.

1 COmo muchas veces los padres, porque ponen en estado à algunos de sus hijos, ò los dedican à las carreras militar, y literaria, ò por otros motivos suelen hacer gastos con ellos, ò darles crecidas sumas, ò hacienda, ya expresando ser en cuenta de sus legitimas, ya sin expresar cosa alguna; y quando nada expresan, se duda si estas donaciones, ò gastos se les han de imputar en parte de legitima, ò se entienden donaciones simples procedentes de mera liberalidad, y por consiguiente si son, ò no colacionables; por cuya duda se suscitan pleytos, que deterioran, y aun aniquilan las herencias. Deseando evitarlos, y que el Contador se instruya, y no cause perjuicios, ni tenga necesidad de preguntar, ni molestia en registrar libros, sin embargo de la diversidad de pareceres de Jurisconsultos del mayor sequito, que hay sobre muchos particulares de materia tan

tan ardua, è intrincada por la antinomia, ò contrariedad, que por falta de discernimiento, y expresion parece tienen nuestras leyes, y especialmente las 26. y 29. de Toro, pues afirman algunos, que mas confunden, que ilustran: procederé para ello con la claridad à mis limitados talentos posible, adheriendome en los casos ambiguos al dictamen mas conforme al espiritu de ellas; y para que no yerre, le daré reglas ciertas, como en los nums. 94. al 99. y 136. al 140. lo advertirá.

2 No es otra cosa (segun mi proposito) la *colacion*, que aduccion, y comunicacion que los descendientes legitimos, que son herederos, hacen al comun globo, ò acerbo de la herencia, ò cuerpo del caudal paterno, ò materno, de los bienes que sus padres les dieron, y ya son suyos propios, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos, pues primero se colaciona, que se divide. (1) Y fue introducida por varios edictos de los Pretores Romanos, y Derechos, de que hacen mencion el docto *Alvaro Valasco* en su tratado de Particiones *cap.* 12. *n.* 12. *al* 30. *Guerreir. de Divis. lib.* 2. *cap.* 11. *ex n.* 2. *al* 13. y otros, à fin de guardar igualdad, y equidad, y evitar la embidia, y discordia entre los hijos, y descendientes herederos del difunto. (2)

3 La imputacion, ò computacion es un remedio introducido por Derecho para excluir la querella de inoficioso testamento. En virtud de este remedio, puede el hijo,

(1) Ley 1. y ley 3. §. Julianus, ff. de Collation. bonor. ley Filiæ 4. y ley Si soror 8. y ley Illam 19. Cod. de Collationibus. Parlador. different. 149. n. 2. y 3. Valasc. de Partition. cap. 12. n. 4. y 5. Gom. en la ley 29. de Toro, n. 1.

(2) Ley Ut liberis 17. y ley Illud 20. Cod. de Collationib. y ley final, Cod. Communia utriusque judic. Gom. ibi. n. 2. vers. Hodie tamen. Valasc. ibi. n. 16. y 28. al 30.

jo, à quien su ascendiente dexó menos que la legitima que se le debe, intentar el suplemento de ésta, con tal que reciba en cuenta, y se le impute en ella lo que su padre, ò ascendiente le dió. (1) Y no tiene lugar, quando el hijo fue preterido, ò exheredado con causa legal; ni quando fue instituido en toda su legitima, y sí solo quando el testador le dexó menos que ésta, y añadió que nada mas hubiese de sus bienes. (2)

4 Se diferencian la imputacion, y la colacion: Lo primero, en que aquella fue introducida en parte à favor de los hijos, y en parte al de sus padres. Al de los hijos, para que no fuesen privados de su legitima: y al de los padres, para que sus testamentos no se rompiesen, ni anulasen. Y esta en otro tiempo por la injuria que los hijos emancipados hacian à los que no lo estaban: y hoy por evitar la embidia, y discordia entre ellos. Lo segundo, en su origen, forma, y naturaleza. Lo tercero, en que la imputacion no tiene lugar sino ex testamento; pero la colacion así ex testamento, como abintestato. Lo quarto, en que la imputacion lo tiene, ya succeda el hijo con sus hermanos, ò con extraños; pero la colacion solamente quando succeden entre sí los hijos. Y lo quinto, en que todo lo que se imputa se colaciona, mas no todo lo que se colaciona se imputa en la legitima. Otras varias diferencias traen los Autores, (3) las que omito, por importar poco al Contador el saberlas.

En

(1) Ley Omnimodo, Cod. de Inofficios. testament. & ibi. DD. Lara. de Castro in leg. Illud, Cod. de Collatio. lib. Bart. y Rip. in leg. In quarta, ff. ad Leg. Falcid. Parlador. ibi. n. 5. Gom. ibi. n. 38.

(2) Dicha ley Omnimodo, Cod. de Inofficios. testament. Parlador. ibi. n. 6.

(3) Castill. en la ley 29. de Toro n. 30. verb. A tornar. Gom. dicho n. 38. Parladorio ibi. n. 8. al 10.

5 En tres casos se debe hacer la colacion, ya muera testado, ò intestado el donante. (1) El primero, quando el padre, ò ascendiente mandó expresamente al hijo, ò hija que la hiciesen de lo que les habia dado, pues el donante puede imponer en la donacion que haga la condicion permitida que quisiere al tiempo de hacerla. (2) El segundo, quando por congeturas aparece que la voluntad del padre fue, que los bienes que habia donado, se colacionasen. Y el tercero, quando se duda si el padre lo quiso, ò no; pues en este caso se presume que su voluntad mas fue anticipar al hijo en vida la paga de su legitima con los que le donó, (3) que usar con él de liberalidad, è inducir desigualdad entre los demás hijos. (4)

6 Pero si el padre prohibiere expresamente, como puede, la colacion, (pues para que se entienda prohibida, no bastan congeturas, (5) por urgentes, y vehementes que sean) cesará, con tal que segun nuestro Derecho Real no excedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legitima, y mejora; pues habiendo exceso, deberá hacerla del importe de éste, y restituirlo, como adelante se expresará.

7 Seis circunstancias se requieren para que haya lugar la colacion. La primera, que el que la pide, y aquel à quien se pide, sean de los hijos, y descendientes legitimos del difunto, cuya herencia se intenta dividir, y que ven-

(1) Authent. de Triente, & semisse, §. Illud quoque, collat. 3. Paul. Salicet. y otros en la Authent. Ex testamento. Valasc. de Partition. cap. 14. n. 14.

(2) Ley 1. y todo el tit. Cod. de Donation. quæ sub modo.

(3) Arg. leg. Cum quo de Peculio, §. fin. ff. ad leg. Falcid.

(4) Ley Ut liberis, Cod. de Collationib. Gom. en dicha ley 29. n. 3. vers. Sed resolutive respondeo. Valasc. dicho cap. 14. n. 22.

(5) Ley 3. tit. 15. Partid. 6. Authent. Ex testamento, verbo Expressim, Cod. de Collation. Castill. en la ley 29. de Toro n. 19. Valasc. dicho cap. 14. n. 23.

vengan à heredarle como hijos, y unos de sus inmediatos herederos, y no como agnados, ò cognados mediatos, ò remotos, pues estos se reputarán como colaterales, y como tales serán excluidos, por no ser herederos; (1) por lo que si los nietos, ò viznietos pidiesen la colacion à un hermano de su padre, ò abuelo, que están vivos, no serán admitidos, porque no son herederos de su abuelo, viviendo su padre, ni de su visabuelo, viviendo su abuelo; y asi no há lugar entre los ascendientes, y transversales, ni entre extraños, (2) como en los nums. 17. 18. y 19. diré.

8 La segunda, que los referidos descendientes succedan por titulo universal de tales herederos, y no por el particular de legatarios, ò fideicomisarios; v. g. quando un hijo es instituido en cosa determinada, y los demás hermanos en el resto de la herencia. O quando se le dexó legado, que quiere aceptar. O quando su padre murió sin testamento, pero en codicilo, ò en otra disposicion le legó alguna cosa; pues en estos casos puede haber el legado, ò fideicomiso, sin tener obligacion de colacionar la dote, ò donacion que en vida recibió de su padre, ò madre, porque no succede como heredero por titulo universal, sino como extraño por el particular de legatario. Asi se prueba de la ley 10. Cod. *de Collationib.* que dice: *A patre verbis præcariit in codicillis relictum extero jure capiens filia, ad collationem dotis urgeri non potest*; y de la 4. ff. *de Dotis collatione*, cuyo contexto es: *Si pater pro filia dotem promisserit, deinde exhæredatæ, vel etiam emancipatæ, & præteritæ legatum dederit, habe-*

(1) Ley 1. §. Sed videndum, ff. de Succes. edict. Bald. in leg. Si emancipati, Cod. de Collationib. & ibi. Aretin. col. fin. Decio col. 6. y Alex. col. 3.

(2) Gom. en dicha ley 29. n. 6. al 9.

bebit filia etiam dotem præcipuam, & legatum. (1)

9 Lo qual procede, y se entiende, excepto que resulte ser inoficiosos el legado, ò donacion: quiero decir, que excedan de lo que al donatario, ò legatario debe tocar por su legitima, y mejora de tercio, y quinto, con atencion à los bienes que el donante, ò testador dexe quando muera, en caso que segun Derecho Real pueda ser mejorado en contrato entre vivos con arreglo à lo explicado en el capitulo de *Mejoras*; pues excediendo, debe restituir el exceso à los coherederos, (2) segun dexo expuesto.

10 La tercera, que los bienes, cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio, ò sustancia de aquel à quien se vá à heredar, y de cuya herencia se trata, como lo dice la ley *Ut liberis*, Cod. *de Collationib.* al fin, ibi: *Ut individendis rebus abintestato defuncti parentis, cujus de hæreditate agitur, eadem dos, vel ante nuptias donatio ex substantia ejus profecta conferatur.* Pues si la tal dote, ò donacion proviene de otro, y de ningun modo directa, indirecta, ni aun remotamente de la sustancia del padre, no estará obligado à colacionarla con sus hermanos, (3) como adelante diré.

11 La quarta, que la cosa, ò cantidad que se pretende trayga à colacion el donatario, la adquiera en vida del difunto, cuya herencia se intenta dividir; porque si la adquiere despues de su muerte, (como es el legado, ò fideicomiso que se dexa en testamento, ò en otra ultima dis-

(1) Gom. ibi. n. 5. vers. Unum tamen est.

(2) Ley 1. y todo el tit. Cod. de Inofficios. donation. ley 4. tit. 15. Partid. 6. y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testament. Gom. ibi. vers. Secundum.

(3) Ley 6. tit. 15. Partid. 6. ley Si filia nupta, §. Hoc amplius, ley Si maritus al fin, y ley Fundus qui, ff. Familiæ erciscundæ.

disposicion, ù otra donacion, que con ella se confirma) no es colacionable, (1) à menos que el donante mande que la reciba en cuenta de legitima.

12 La quinta, que los hijos, y descendientes legitimos, entre quienes se trata hacer la colacion, sean tales, que se les deba la legitima; pues si no se les debe, no habrá lugar: v. g. el nieto, ò nieta, à quien viviendo su padre, dió algo, ò dotó su abuelo, pues si este fallece en vida del padre, no está obligado su nieto, ò nieta à colacionar lo donado por él, porque no es su heredero, ni se le debe la legitima mientras su padre vive. (2) Y sobre si este deberá, ò no colacionarlo, lo explicaré desde el num. 23. al 31.

13 Y la sexta, que el hijo, ò descendiente, à quien se pide colacione lo que recibió de aquella cuya herencia se trata dividir, quiera ser su heredero; pues si se abstiene, y renuncia su herencia, no esta obligado à colacionarlo, antes bien puede retener lo recibido; y si se le prometió, y no entregó, pedirlo, como se prueba de la ley final, ff. *de Dotis collation.* que dice: ¿*Fuit quæstionis an si sua hæres filia patri cum fratribus contenta dote abstineat se bonis, compellatur eam conferre? Et Divus Marcus rescripsit non compelli abstinentem se ab hæreditate patris: ergo non tantum data apud maritum remanebit, sed & promissa exigetur etiam à fratribus, & est æris alieni loco: abscessit enim à bonis patris.* Lo qual procede con la limitacion explicada en los nums. 6. y 9. y no en otros terminos. Y lo mismo se entiende, y debe prac-

(1) Authent. Ex testamento, ley A patre 10. y ley Etiam cum fratribus 19. Cod. de Collationib. Farinac. tit. n. 7.

(2) Bald. en la ley Si emancipati 9. Cod. de Collationib. Castill. en la 29. de Toro n. 18. vers. Si vero neptis. Gom. en ella n. 31. vers. Quintum.

practicar, ya esté disuelto, ò subsistente el matrimonio de la hija dotada, pues verificandose inoficiosidad, debe hacer restitucion del exceso de la dote, y de sus frutos, (1) como en los nums. 130. al 133. diré con mas extension.

14 Presupuesto lo explicado como basa, y regla precisa para ilustrar al Contador, paso à expresar entre qué personas debe, ò no hacerse la colacion: y digo, que há lugar à la herencia de los ascendientes entre sus hijos, y descendientes legitimos, ò legitimados por el subsequente matrimonio, à quienes abintestato se debe la legitima, sin que haya diferencia de sexo, emancipacion, ò patria potestad; quiero decir, ya todos sean varones, ò hembras: estén, ò no emancipados, y dentro, ò fuera del poder de sus padres; y concurran varones, y hembras entre sí unos con otros, ò el emancipado con ellos, ò con otros emancipados, ò con los que no lo están: y ya sean, ò no postumos, si con arreglo à nuestras leyes (2) se constituyen (luego que nacen) capaces de heredar à sus ascendientes. (3)

15 Lo mismo procede, ya los haya instituido su padre con igualdad, ò desigualdad; v. g. el hijo, que en vida de su padre recibió alguna donacion de él, y luego lo instituye en mayor porcion que à los otros, ò por el con-

(1) Gom ibi. n. 33. y 34. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 32. n. 1. y cap 33 n. 4. Matienz. en la ley 3. tit. 6 lib 5. glos. 3 y en la 3 tit 8. glos. 5. n 3. Palac. Rub. en la 17 de Toro n. 44. y repetit. cap. Per vestras, §. 22. de Donation. inter vir. & uxor. y §. 24. n. 3.

(2) Ley final, tit. 23. Partid. 4. y ley 2. tit. 8. lib. 5. Recop.

(3) Bald. in leg. Si emancipati col. 2 al fin. vers. Item pones notare, & ibi. Paul. n. 2. Gom. en dicha ley 29. n. 6. Valasc. cap. 12. cit. n. 35. al 38. y n. 51. Guerrer. de Divisi. lib 2. cap. 11. n. 13. Cardos. in Prax. verb. Collatio n. 22. y 23.

contrario en menor: pues no obstante parecer que el padre no quiso guardar igualdad entre ellos, y sí manifestar mayor aficion à aquel hijo; y que por lo propio cesa la razon inductiva de la colacion, no por eso dexará de colacionar lo recibido, porque todos los Derechos, que de ella tratan, hablan simple, è indistintamente. (1) Bien que acerca de cómo se ha de entender esta colacion, si en parte de legitima solamente, ò tambien de mejora con arreglo à nuestro Derecho, lo explicaré en el parrafo siguiente.

16 Y si los hijos son instituidos en cosas ciertas, y distintas, (en cuyo caso se entienden serlo universalmente, por lo que han de percibir iguales partes, ò porciones, (2) sin embargo de que las cosas en que lo son, tengan diverso valor) deberán colacionar tambien lo que en vida recibieron de su instituyente; pues aunque por la institucion aparece ser particulares succesores, no obsta, porque ya succeden universalmente, y en todo, y por todo se estiman por universales herederos, aunque en quanto à las cosas en que el testador los instituyó, suenen legatarios. (3)

17 Entre los herederos extraños instituidos solos en testamento, ni quando lo son simultaneamente con los hijos del testador, no há lugar la colacion; (4) pero entre es-

(1) Gom. ibi. n. 5. Roman. in leg. Si emancipati cit. col. 2. n. 9. & ibi. Fulgos. n. 9. col. 5. Decio in Authent. Ex testamento, Cod. de Collation. col. y quæst. fin.

(2) Ley 1. §. Si ex fundo, y ley Quotiens, §. Si duo, ff. de Hæred. instituend.

(3) Arg. leg. 1. §. Si ex fundo cit. dicha ley Quotiens, y §. Si duo, y ley Quotiens, Cod. eod. tit. & utrobique DD. Gom. ibi. dicho n. 5. vers. Ex quo subtiliter posset quæri. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 11. n. 36.

(4) Glos. in leg. Si emancipati, & ibi. Bart. n. 10. Alex. col. 1. y Bald. n. 3. Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers. Decimo quinto infero. Arias en la 27. n. 28. y sig. Guerreir. ibi. n. 34. y 35. Valasc. dicho cap. 12. n. 32.

estos solos sí, (1) porque en lo divisible no se vicia lo util por lo inutil; (2) por lo que aunque los hijos sean instituidos con los extraños, y estos nada colacionen entre sí mismos para su menos haber, en lo que habiendo hijos pueden percibir de los bienes del instituyente con arreglo à la ley 28. de Toro, no dexarán por eso los hijos de colacionar entre sí lo recibido, como si fueran los unicos instituidos, y de ningun extraño se hiciera mencion.

18 Tampoco há lugar la colacion entre los colaterales consanguineos; y la razon, entre otras que aducen los Autores, es, porque las leyes, y edictos en quanto à colaciones hablan solamente de los descendientes, y no de los consanguineos, ni extraños: y por ser exorbitante esta materia, no se debe ampliar à personas, de quienes ninguna mencion hacen. (3)

19 Lo propio milíta por la razon expuesta entre los ascendientes, por lo que no há lugar entre ellos la colacion; pues el padre, donando à su hijo, se juzga que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y que asi no le dona con animo de mejorarle; pero quando el descendiente dona à su ascendiente, no es con el de observar igualdad, ni por razon de legitima, porque segun el orden de la naturaleza, no es igualmente creible que le ha de sobrevivir. A mas, de que en el padre hay el peligro de que se ciegue tanto en el amor ácia un hijo, que por él perjudique à sus hermanos, cuyo peligro no hay en el hijo ácia su padre, y asi no se le prohibe donar como à es-

(1) Glos. cit. verb. Omnimodo al fin. Decio en dicha ley Si emancipati n. 7. Valasc. cap. 12. cit. n. 33.

(2) Regla Utile per inutile, de Regul. jur. lib. 6.

(3) Gom. en dicha ley 29. n. 9. vers. Decimo quarto infero glos. fin. in leg. 1. Cod. de Legitim. hæredib. & ibi. Bald. Fulgos. Angel. & alii DD. Valasc. dicho cap. 12. n. 33. y 34. Guerreir. dicho cap. 11. n. 33.

este, porque el amor desciende, y no asciende, ni retrocede. (1) Por cuyas razones, si dos ascendientes iguales en grado succeden à su descendiente, y uno de ellos recibió en vida algo de éste, no está obligado à colacionarlo con el otro ascendiente, ya se lo haya donado simplemente, ò con causa. Bien que no falta quien diga, que el ascendiente no deberá colacionar lo que recibió en vida, en caso que no exceda del tercio, de que el hijo en virtud de la ley 6. de Toro puede disponer, y que si excede estará obligado à la colacion; pero lo contrario es opinion comun, y la verdad; y asi deberá hacerla solamente en caso que el descendiente le haya hecho la donacion con la expresa condicion de colacionarla. Sobre lo qual vease à *Angul. de Meliorat.* en la ley 10. glos. 3. num. 3. al 7.

20 Con el hijo legitimado por el Principe, ni con el adoptado no há lugar tampoco la colacion, habiendo hijos, ò descendientes; porque con estos ninguno de ellos concurre à heredar; pero si el adoptado lo es por su abuelo, (como antiguamente se hacia) entonces como que se le debe la legitima, deberá colacionar lo que recibió de este en vida, quando se trate de dividir su herencia, ya sea ex testamento, ò abintestato: y tambien siendolo por el extraño, y muriendo intestado el adoptante, porque à falta de legitimos descendientes se reputa para todo como su hijo legitimo, y natural, y le competen los mismos derechos. (2) Lo propio sucede con los hijos naturales, ya succedan entre sí solos, ò con otros legitimos, pues

(1) Ley Illam 19. Cod. de Collationib. & ibi. Fulgos. Paul. y Jason, Gom. dicho n. 9. vers. Sed his non obstantibus. Michalor de Fratrib. part. 1. cap. 15. ex num. 3. Valasco dicho cap. 12. n. 34. Guerreir. ibi. n. 26. al 32.

(2) Gom. ibi. n 6. Valasc. cap. 12. cit. n. 44. Gamm. decis 134. Guerreir. ibi. n. 19. 20. y 38.

pues por no deberseles la legitima, no há lugar la colacion. (1)

21 En quanto à si el hijo, ò hija excluidos de heredar, ya sea por estatuto, ò costumbre del Pueblo, ò por haber renunciado con juramento sus legitimas paterna, y materna, (en cuyos casos se reputan por extraños, por lo que no se les debe la legitima, (2) ni pueden querellarse, romper el testamento, ni decir que es nulo) deberán, ò no colacionar lo que en vida recibieron de sus padres, se distingue: ò son excluidos reservandoles alguna porcion, ò no; ò ellos mismos se excluyeron por la renuncia. Si hubo reserva, entonces como que no se les debe la legitima, no estarán obligados à colacionar, ni tampoco por la propia razon, quando se excluyeron por la renuncia jurada que hicieron; pero sí, en caso que no hubiese reserva, porque por todos Derechos se les debe su legitima. Mas si no obstante su exclusion, los instituyeren sus padres (como pueden) por sus herederos, deberán colacionar lo que en vida les dieron estos, porque por la institucion consiguen todo el derecho de transmision, de que para heredar estaban destituidos, y se buelven à su antiguo estado, como si no hubiera tal estatuto, ni renuncia. (3)

22 Dotando el padre, ò haciendo donacion de sus propios bienes à un hijo, ò hija suya, si despues de muerto

(1) Ley Humanitatis, Cod. de Natural. liber. Arias ibi. num.27. Gom. ibi. n. 8. vers. Duodecimo infero. Valasc. ibi. n. 50.

(2) Cap. Quamvis pactum de Pact. in 6. ley Gallus, ff. de Liber. & posthum. ley Posthumorum, ff. de Injusto rupt. testament. ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testament. arg. leg. 1. §. Si filius, ff. de Suis, & legitim. hæredib.

(3) Ley Qui in aliena, §. Interdum, ff. de Acquirend. hæreditat. & ibi. Bart. Bald. y Paul. de Castr. Valasc. cap. 12. cit. n. 46. al 48. Gom. en dicha ley 29. n.8. vers. Undecimo infero. Guerreir. ibi. n. 24.

to el mismo padre fallece el suyo abuelo de los hijos, à quien heredan aquel nieto, ò nieta, y otros nietos, ò tios hermanos de su padre; no tienen obligacion de colacionar la dote, ò donacion, porque no se trata de partir los bienes del que la dió, ò hizo, sino los del abuelo, de quien nada hubieron; pues debiendo hacerse unicamente la colacion de la dote, ò donacion que hizo aquel, cuyos bienes se van à dividir, se sigue, que por no haberles dado cosa alguna el abuelo, no deben colacionar en la particion de los de éste los que su padre les dió de los suyos privativos, y asi habrá lugar solamente la colacion quando se trate de dividir los paternos. (1)

23 Los nietos hijos de hijos, ò hijas, que recibieron algo de su abuelo, ò abuela despues de muerto su padre, ò madre, están obligados à colacionarlo con los otros nietos, ò con sus tios hermanos de su padre, ò madre, quando vengan à heredar à sus respectivos abuelo, ò abuela, cuya herencia se trata dividir, porque se les debe la legitima, y es visto haberselo anticipado, y dado por causa de la succesion à sus bienes. (2) Lo qual se entiende, excepto que se lo hayan dado por via de remuneracion, pues entonces no están obligados à colacionarlo, porque la donacion remuneratoria no es verdadera donacion, sino satisfaccion de lo que se debe. (3)

24 La misma obligacion tienen de colacionar lo que die-

(1) Ley Ut liberis, Cod. de Collationib. DD. in leg Illam, Cod. eod. tit. Bart. in leg. 1. ff. de Collation. dot. §. Sed, & si al fin. Valasc. ibi. n. 59.

(2 Ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. ley Ut liberis 17. y ley Illam 19. vers. Talem, Cod. de Collationib. y ley Si nepotes 7 ff. de Collation. bonor. Valasc. ibi. n. 52. al 57. Gom. ibi. n. 7. vers. Nono infero.

(3) Glos. Bart. Paul. y Alex. in leg. Si donationes, Cod. de Collation. Morquech. de Divis lib. 2. cap. 11. n. 38. Guerreir. ibi. n. 63. y 64. Ciriac. controv. 270. Aguil. ad Roxas part. 4. cap. 3. n. 12.

dieron en vida à sus padres, y por su muerte entró en su poder, que lo que à ellos, despues de muertos estos, porque succeden por transmision, ocupando el lugar de su padre, ò madre, los quales lo colacionarian si vivieran: en cuyo caso los nietos hermanos se reputan en Derecho por una persona para efecto de succeder, y entran en el lugar de su padre, ò madre, y asi heredan entre sí *in stirpem*, llevando entre todos la porcion que estos llevarian en caso de vivir: y cada uno de sus tios carnales otra tanta como todos los referidos nietos, por lo que no hay disparidad de grado, que impida la colacion. (1)

25 Pero en dos casos no estarán obligados los nietos succediendo con sus tios à sus abuelos à hacer la colacion: El primero, quando el testador instituye por heredero à un hijo suyo en su legitima, y à sus nietos hijos de otro hijo en los demás bienes suyos; en cuyo caso no há lugar la colacion entre el hijo, y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como extraños, entre los quales no se admite la colacion, pues sino se les debe la legitima, precediendo su padre, à quien es debida, (2) tampoco deberán hacer la colacion, que solo tiene lugar entre los hijos. (3)

26 El segundo caso es, quando los padres consumieron total, ò parcialmente en su vida la dote, ò donacion *propter nuptias* que los suyos les dieron, y los nietos de estos por haber percibido poco, ò nada de sus padres, re-

(1) Ley Si nepotes 7. ff. de Collation. bonor. dicha ley Illam, y vers. Talem. Gom. en dicha ley 29. n. 6. vers. Octavo infero.

(2) §. Ita demum, institut. de Hæredit. quæ abintestat. Bald. in leg. Si emancipati, col. 2. al fin.

(3) Baldo, ibi. Valasc. dicho cap. 12. n. 60. y 61. Paul. en dicha ley Si emancipati n. 3. Alex. col. 3. Gom. ibi. n. 7. vers. Decimo infero. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 67. y 68.

repudian su herencia, y solo quieren la de su abuelo, ò abuela donantes, que murieron despues de sus padres. Este caso, que llama muy dificil *Anton. Thesaur. decis.* 238. *n.* 2. 4. *y* 6. lo trae apoyado con una decision del Senado de Portugal *Valasc. de Partition. cap.* 12. *n. penult. y ultim.* y se executorió años pasados por la Chancillería de Valladolid, confirmando la sentencia del Alcalde Mayor de Talavera de la Reyna. Su dificultad parece consiste en saber si el nieto entra à succeder à su abuelo por su propio derecho, y persona, ocupando el lugar de su padre, por hallarse el primero, ò solamente por las de sus padres, representandolas; y en él tropiezan muchos Legistas impresionados, y preocupados de la representacion inventada por Derecho positivo; pero antes de proceder à su resolucion, debo sentar lo primero, que el nieto no entra à succeder à su abuelo en el lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por esta se pone en él, ni ocupa el primer grado; sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le precede: (1) y asi no le representa, porque la representacion verdadera se verifica en los transversales, mayorazgos, y fideicomisos, y no en los legitimos descendientes, que entran por su propio derecho à heredar à sus ascendientes, y estos deben instituirlos necesariamente por sus herederos.

27 Lo segundo, que hasta que muere el abuelo no hay herencia, ni por consiguiente heredero de hecho, pues es preciso que muera para que la haya: por lo que mientras vive, solo tienen sus hijos, y nietos una probable esperanza de heredarle. Lo tercero, que para que el nieto no rompiese el testamento de su abuelo en el caso que su padre

(1) Ley Qui duos 9. al fin. ff. de Reb. dub. Robles de Representat. lib. 1. cap. 6. n. 11. al 13.

dre premuriese à éste, era indispensable que el abuelo lo instituyese tambien por su heredero; pues de omitirlo lo rompia por la pretericion, segun Derecho. (1)

28 Lo quarto, que una cosa es succeder *por privacion*, ò *remocion*, y otra por *transmision*. Succeder *por privacion*, no es mas que ocupar el lugar de aquel que estaba antes, y servia de obstaculo para entrar à la succesion, al modo que quando succede el segundo heredero, por haber muerto el primero; por cuya razon no le daña el hecho de éste, porque no entra representandolo, sino por su propia persona, y derecho, poniendose en su lugar, y ocupandolo. Y succeder por *transmision* es prorrogar, y continuar en la succesion de los bienes con la misma naturaleza, y qualidad: y asi al que succede de este modo, daña el hecho del primero, porque no puede venir sino en la manera, y con la qualidad que aquel à quien succede, y representa. (2)

29 Y lo quinto, que la representacion acerca de la succesion no es otra cosa, que entrar el hijo en el lugar de su padre premuerto, tomando, y reasumiendo en sí todos los derechos coherentes à aquel grado, para que si concurre con otros, pueda succeder en la porcion en que su padre succederia, en caso de vivir; (3) cuya succesion no proviene del padre como la generacion, sino de la propia persona del hijo, que muerto su padre, es tan heredero *ex necessitate* de su abuelo, como él lo sería *ex testamen-*

(1) Ley 3. Cod. de Liber. præterit. ley Posthumorum 13. ff. de Injusto rupt. testam. y §. Posthumorum, institut. de Exheredation. liberor.

(2) Bald. in leg. 2. n. 4. Cod. de Liber. præterit. & ibi. Salicet. Alex. Jason, y Corn. Sr. Salgad. Labir. credit. part. 2. cap. 25. Robles de Representat. lib. 2. cap. 16. n. 100.

(3) Novel. 118. de Hæredibus abintestat. venientib. cap. 3. Robles dicho lib. cap. 2. n. 5.

mento, y *abintestato*, à estar vivo, por ser el primero en grado; (1) y asi las palabras *in locum parentum succedere*, con que se explican los textos civiles, no dicen que el hijo representa la persona de su padre, que por ella viene à la succesion, y que de otro modo no vendria: ni se han de entender en este concepto, sino que entra à ocupar el lugar de su padre, y quitado de el medio éste, que le impedia el ingreso, porque le precedia, succede por su propia persona, como que se halla el primero: (2) pues el succeder en el lugar de su padre, ò madre no le viene de ellos, y por eso no se dice que viene por sus personas, sino por la suya propia: y asi ninguna transmision hay, por lo que puede succeder por su propia persona, y entrar à ocupar el lugar, ò grado que sus padres ocupabàn. (3)

30 Supuesto lo referido, digo, que en el presente caso no está obligado el nieto que repudia la herencia de su padre, ò madre, à colacionar con sus tios lo que sus padres recibieron de sus abuelos, y por haberlo consumido no entró en su poder: Lo primero, porque viene à heredar à estos por su propio derecho, y persona, y por remocion de la de su padre, ò madre, ocupando su lugar como primero en grado, y no por transmision, y puede renunciar su herencia. Lo segundo, porque jamás se colaciona si no quando, y lo que se tiene, posee, ò recibió mediа-

(1) Ley 2. Cod. de Liber. præterit. Tiraquel. de Primog. quæst. 40. n. 112.

(2) Robles de Represent. lib. 1. cap. 10. n. 3. y cap. 11. n. 6.

(3) Robles dicho cap. 16. n. 99. Bald. in leg. 2. n. 4. Cod. de Liber. præterit. Bart. in leg. Qui superstitis n. 2. vers. Adverte, ff. de Acquirend. hæreditat. & in leg. 1. §. Si sit nepos col. 1. vers. Unde prima solutio, ff. de Collation. dot. & in leg. 1. §. Si sit filius, vers. Sed mihi non placet, ff. de Conjungendis cum emancipato liberis. Cancer. part. 1. Var. cap. 5. n. 10. al 12.

diata, ò inmediatamente de aquel, cuya herencia se vá à partir: y no habiendo recibido cosa alguna el nieto mediata, ni inmediatamente de su abuelo, nada debe colacionar, pues como nada se le transmitió, no succede por transmision, sino por remocion, y porque es el primero, y tan heredero suyo *ex testamento*, y *abintestato* como sus tios. Y lo tercero, porque la colacion es gravamen personal, que debe sufrir unicamente el que tiene la utilidad: es asi que el nieto ninguna tuvo, por no haber llegado à sus manos cosa alguna de sus padres, ni abuelos: y que puede repudiar la herencia paterna, ò materna, como queda expuesto: luego no debe colacionar lo que su padre, ò madre consumieron, si la renuncia; y asi cesa, y no hay meritos para que en este caso se considere, y subsista la razon de equidad inductiva de la colacion, (1) porque no se succede por transmision, ni hay prorrogacion, ni continuacion de la succesion. Sin que obste el alegar, que el nieto estando en grado mas distante que sus tios, se hace de mejor condicion que ellos: pues no hay tal, porque nada tomó de su abuelo, y para succederle se puso en el primero como ellos, y no tiene la culpa de que su padre haya premuerto, y consumido lo que recibió. No obsta tampoco, el que à no ser por su padre, no heredaria à su abuelo por falta de existencia: pues esto es bueno para la procesion, ò generacion, y que el padre como agente sea la causa de que tenga sér, mediante la virtud de la naturaleza; mas no para la succesion en los bienes del abuelo, pues la quota de su legitima

(1) Valasc. de Partition. cap. 12. n. penult. y ultim. Guerreir. de Division. lib. 2. cap. 11. n. 65. Carvall. in cap. Raynutius de Testam. part. 4. cap. 1. n. 73. y 88. Hermosill. en la ley 3. tit. 4. Partid. 5 glos. 6. n. 73. Thesaur. decis. 238 n. 2. 4. y 6. Faber. lib. 13. Conjectur. jur. cap. 13. al fin.

ma depende de la disposicion del Derecho civil, como en el capitulo anterior dexo expuesto. Ni obsta ultimamente, el que sus tios son perjudicados en las suyas, pues no hay tal perjuicio, porque no se les deben hasta que su padre muere, el qual pudo haber gastado en vida todos sus bienes; y como por su muerte no existen otros en su poder, ni en el de su nieto, es lo mismo que si él los hubiera consumido en sus urgencias; por lo que deben contentarse con lo que les dexe, como el nieto se contenta. Pero si este recibiere algo de su padre, ò madre, deberá colacionarlo con sus tios, porque en su importe se verifica succeder por transmision, (1) y existir en su poder bienes de su abuelo.

31 Y para que el legista (como que le incumbe mas que al Contador) se instruya de lo que expone *Robles de Representat. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 4. *y* 5. citando veinte Autores clasicos, acerca de hacer ver que el nieto succede por su propia persona, y no por la de su padre, procedo à copiar sus palabras:

Num. 4. *Ex propria persona, & non paterna filiam succedere dicunt DD. communiter. Primo, ut nepos, neptisvè sui hæredes sint, non sufficit eum, eamvè in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo suus hæres esse desierit, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione à patris potestate liberatus, tunc enim illi in patris locum succedunt*, leg. Gallus, §. Nunc de Leg. ff. de Liber. & posthum. §. Sui autem 3. Institut. de Hæred. qualitat. & different. *Si igitur nepos, neptisvè non aliter sui hæredes fiunt, & patris lo-*

(1) Hermosill. y Thesaur. ibi. y decis. 37. Bart. consil. 190. vol. 1. & in leg. In quartam n. 12. & ibi. Paul. de Castr. n. 9. Alex. n. 26. al fin. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in Prioribus limitat. 4. n. 11. Robles dicho cap. 16. n. 103. al 105.

locum ingrediuntur, quam si pater morte naturali, vel civili suus hæres esse desierit, consequitur ex persona patris in nepotem, neptemvè jus suitatis non transmitti, sed id extincto jam, & delecto suitatis jure in patre, nepoti, neptivè ex propria persona, & qualitate competere.

Num. 5. Secundo probatur: *Si ex persona patris succederet nepos, non esset necesse avo nepotem instituere, si filius esset institutus, cum transmissio fiat in successorem cum eisdem qualitatibus: Sed hoc est falsum, ut patet* in leg. 3. Cod. de Liber. præterit. leg. Posthumorum 13. ff. de Injusto rupt. testam. & §. Posthumorum Institut. de Exhæredat. liberor. *Ergo ex propria persona succedit.* Y respecto deber conservar en la memoria lo dispuesto por Derecho, y que si se ofrece disputa acerca de esto, lo ha de defender, y juzgar, podrá apurar, y contraer las demás razones oportunas, pues para tinturar al Contador lego, basta lo expuesto. Advirtiendo, que lo que en orden à él senté en el cap. 1. de mi primera parte §. 7. n. 117. se ha de entender en los terminos aqui propuestos, y no de otra suerte.

32 Quando el padre falleció, dexando hijos de dos matrimonios, si casó durante el segundo, v. g. dos, que tenia del primero, y les dió no solo lo que les tocaba por su legitima materna, sino algo mas à cuenta de la paterna, expresando lo que por cada una les entregaba, pero dió mas al uno que al otro, y à este menos que su legitima materna, debe hacer dos colaciones el que llevó mas, la una con su hermano entero, para igualarse con él en el haber de su madre, y la otra con éste, y con sus hermanos consanguineos, para igualarse en el de el padre de todos: v. g. la herencia de la muger primera eran doscientos, y el padre dió al uno cinquenta, y al otro trescientos; en este caso este ultimo colacionará

con el otro los cinquenta que llevó de mas, que lo que debia haber por su madre, y se los restituirá, para que queden igualados, con lo qual vendrá à percibir cada uno los ciento que por la legitima materna le corresponden; y luego con su mismo hermano entero, y tambien con los consanguineos del segundo matrimonio colacionará los ciento y cinquenta restantes, como percibidos à cuenta de la paterna, porque todos son herederos de un padre, cuya herencia se vá à partir. (1) Y si à entrambos hubiese reintegrado igualmente de su haber materno, y además dado algo à cuenta del suyo, deberán colacionar con los consaguineos lo recibido por cuenta del paterno; y por lo respectivo à su madre nada tendrán que colacionar entre sí, mediante estar igualados, como tampoco con los del matrimonio segundo, en caso que à cuenta del haber de su padre nada hayan percibido.

QUE

(1) Ayor. part. 3. quæst. 12. n. 27. al 29.

§. II.

QUE BIENES HAN DE COLACIONAR, ò no los descendientes legitimos: y qué debe observar el Contador en quanto à estimar los colacionados por legitima, ò mejora en caso de duda.

33 CErciorado el Contador de lo que es la colacion, por qué razon se introduxo, qué cosas se requieren para que haya lugar, y quiénes deben, ò no hacerla, conviene que sepa qué bienes, gastos, ò donaciones están, ò no obligados à colacionar. Y para su radical instruccion debo sentar, que los Autores fundados en Derecho distinguen quatro clases de bienes, que son: *adventicios*, *profecticios*, *castrenses*, *y quasi castrenses*. Se llaman adventicios los que provienen de la madre, ò de los parientes de ésta, ò de extraños. (1)

34 Profecticios son los que proceden, salen, y se dismembran del caudal, y sustancia del padre, (2) y los que por mera contemplacion de éste adquiere el hijo, estando fuera de su poder, aunque inmediatamente no salgan, ni se extraygan del patrimonio que posee, (3) porque lo que se dá al hijo en nombre del padre, y por él como causa inmediata, y final, de suerte, que si él no fuera, no se lo daria el donante, se entiende darselo el mismo padre, segun

(1) Ley 2. tit. 11. Partid. 4.

(2) Dicha ley 2. y ley Profecticia, ff. de Jure dot. y ley Cum oportet, Cod. de Bonis, quæ liberis, & ibi. DD. Valasc. de Partition. cap. 13. n. 1.

(3) Glos. Bart. y otros en la ley Cum oportet cit. Valasc. ibi. n. 4.

gun se prueba de la ley *Dotem* 6. ff. *de Collation. bonor.* ibi: *Quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, proinde sit, atque ipse dederim*, y de la *Profecticia* 5. ff. *de Jure dot.* cuyo §. 2. dice: *Quod si quis patri donaturus dedit: Marcellus lib.* 6. *Digestorum scripsit hanc quoque à patre profectam esse, & est verum*, y de otras.

35 No solo se llaman profecticios los bienes que se dan al hijo por contemplacion de su padre, existiendo fuera de su poder, sino tambien si está baxo de él, haciendose expresion en la donacion de que se le hace por los meritos del padre, en cuyo caso la adquiere éste para sí, por haber sido hecha por su contemplacion, y meritos, pues se entiende, que asi como se habia de hacer directamente al padre, se hizo al hijo en su lugar. Y lo propio milíta quando fue hecha à padre, è hijo juntamente, porque en duda se presume lo mismo, y asi éste debe colacionarla. (1)

36 De lo explicado se deduce, que para llamarse profecticios los bienes dados al hijo, ò han de salir del patrimonio de su padre inmediata, y efectivamente, que es quando éste por sí mismo se los dá, como claramente se prueba de las palabras de la ley 29. de Toro en quanto dice: *Que hubieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen à heredar*:: ò mediatamente, que es quando el abuelo hace alguna donacion *propter nuptias* à su nieto, en atencion à ser pobre su padre, la qual por muerte de aquel habia de venir à éste: ò quando algun otro por los meritos, y servicios del padre, ò por el beneficio recibido de éste le dona algo, asi como lo habia de donar al padre en re-

(1) Bart. & DD. in leg. Si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. Socin. Senior consil. 72. n. 10. vol. 5. Mantic. de Conjectur. lib. 8. tit. 16. n. 5. y 6. Morquech. lib. 4. cap. fin. n. 47. al 49.

remuneracion de sus meritos, ò gratitud del beneficio; en cuyos casos el padre es la causa inmediata, y final de la donacion, y en este concepto se entiende, que el hijo debe colacionar lo donado.

37 Pero si el padre fuere solamente la causa mediata, è impulsiva, v. g. por él tuvo noticia de su hijo el donante, y con este motivo trabaron los dos grande amistad, y le hizo la donacion; en este caso es visto haberselà hecho por causa de la amistad superveniente, y no en nombre de su padre, ni por él: y asi no se llamará, ni será profecticia, ni por consiguiente deberá colacionarla. (1) Y lo propio milita para con la madre, porque versa igual razon. Sobre lo qual vease à *Avendaño* en la ley 29. de Toro glos. 4. num. 8. al 16. el qual contra la comun defiende, que solo es profecticio lo que sale de la sustancia del padre mediata, ò inmediatamente, y que esto se debe colacionar, y nada mas; por lo que se han de considerar la amistad, afinidad, meritos, servicios, amor precedente, y otras congeturas, por las quales se pueda venir en conocimiento de si lo donado es por contemplacion de los hijos, ò de sus padres, de cuyas congeturas trae ocho *Michalor. de Fratrib. part.* 2. *cap.* 39. y quince *Bosio de Dot. cap.* 3. De lo que es causa *impulsiva, y final* traté en el cap. 1. de mi primera parte §. 17. num. 192. en donde puede verlo el Contador.

38 Castrenses son los bienes que el hijo adquiere en la guerra, ò con motivo de ella. (2) Y quasicastrenses los que gana en la quasi milicia reputada por Derecho, v. g. en la Corte, y Palacio del Rey por sus servicios, ò por su real

(1) Valasc. dicho cap. 13. n. 5. Morquech. cap. fin. cit. n. 14. al 16.

(2) Ley 6. tit. 17. Partid. 4. y ley Castrense peculium, ff. de Castrens. pecul.

real munificencia, y liberalidad, ò por salario, ò estipendio que se le dá por enseñar publicamente alguna ciencia, (1) ò por otras razones, de que traté con mas extension en el cap. 12. de mi primera parte §. 3. n. 18. y 19. Y tambien se reputan quasicastrenses los que se adquieren por Beneficio, Renta, ò Dignidad Eclesiastica. (2)

39 Supuesto lo referido, debo sentar por regla general, que (regularmente hablando) deben colacionar los descendientes legitimos en cuenta de sus legitimas los bienes que hubieron en vida, y les provinieron de la sustancia, ò patrimonio del ascendiente, de cuya herencia se trata, si la aceptan, segun se prueba de la ley *Quoniam novella* 29. Cod. *de Inofficios. testam.* al fin, ibi: *Si ex substantia ejus profecta sit, de cujus hæreditate agitur*, y de otras. (3) Previniendo, que en estos bienes, no solo se comprehenden los muebles, y raices, sino tambien las deudas, derechos, y acciones que los ascendientes tienen à su favor, y donan à sus descendientes: pues no obstante que constituyen tercera especie, ò clase, por no ser muebles, raices, ni semovientes, se incluyen en el nombre generico de ellos, (4) y asi son igualmente colacionables. En quanto à si siendoles dada la dote, ò hecha la donacion por su padre, y madre juntos, ò por el padre so-

(1) Ley 7. tit. 17. Partid. 4. y ley fin. Cod. de Inofficios. testam. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 12. n. 5. y 6.

(2) Ley Sacrosanctæ 34. ley Cum lege 50. y Authent. Presbyteros, Cod. de Episcop. & Cleric. y ley 2. tit. 21. Partid. 1. Avendañ. en la 29. de Toro n. 29. Sr. Covar. in cap. Quia nos de Testam. n. 1. y 2.

(3) Ley Ut liberis 17. vers. Ut in dividendis, Cod. de Collationib. y ley 3. tit. 15. Partid. 6. Gom. en la 29. de Toro n. 10. y 11. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 4. y 5.

(4) Ley A Divo Pio, §. In venditione, ff. de Re judicat. ley Quam Tuberonis, §. In peculio, ff. de Pecul. Bart. in leg. Potest, ff. de Authorit. tutor. Tiraquel. 1. de Retract. §. 1. glos. 7. n. 9. Valasc. dicho cap. 13. n. 94. al 96.

solo, deberán colacionar el todo, ò solamente su mitad por muerte del uno, vease lo explicado en el cap. 4. del lib. y Tom. 1. de este tratado §. 5. num. 106. al 108.

40 En consecuencia de lo expuesto, deben las hijas traer à colacion con los coherederos la dote, y donacion *propter nuptias* que han recibido de sus padres, si quieren llevar su herencia, y la aceptan, (1) porque estas donaciones se hacen por causa necesaria, y no por pura voluntad, (pues el padre puede ser compelido por Derecho (2) à dotar à sus hijas) y como no son donaciones simples procedentes de mera liberalidad, se deben imputar en legitima, y en este concepto, y no en el de mejora colacionarse. (3)

41 Lo qual se entiende, aunque para ello no sean requeridas por sus hermanos, ò por los coherederos, porque el que está obligado à colacionar, si pide la porcion que le toca en la herencia, debe ofrecer la colacion, como lo dice la ley *Filiæ licet* 12. *Cod. de collation.* ibi: *Unde consulte, ac pro juris ratione collationem fratribus tuis, quos in patris communis mortis tempore fuisse potestate, proponis, offerres.* Y aunque quando se las entregó la dote, fuesen unicas; pues no solo deberán colacionarla, sino restituir el exceso à su legitima, como he sentado en el cap. 2. de este lib. num. 88. cerca del fin.

42 Se entiende tambien quando el padre entregó la dote al yerno, porque si la dió à un tercero para que la en-

(1) Dicha ley 3. tit. 15. Partid. 6. ley Si pater, ley Dotis, ley Filiæ licet, ley Filiæ dotem, ley Ut liberis, y Authent. Ex testamento, Cod. de Collationib.

(2) Ley final, & ibi. Bald. & DD. Cod. de Dotis promission. ley 3. tit. 11. Partid. 4. y Authent. Dos data, Cod. de Donation. ante nuptias.

(3) Ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. ley 3. tit. 15. Partid. 6. Bald. in leg. Jubemus, Cod. ad Velleyan. Palac. Rub. en la 29. de Toro n. 5.

entregase à éste, ò à su hija, y en poder del tercero se consumió, ò perdió, y no llegó al del yerno, ni hija, no está obligada à colacionarla; por lo que recibirá su legitima integra, y los coherederos deben imputar à su padre, y no à ella, ni à su marido la pérdida: (1) pues como queda sentado en el num. 30. no se colaciona sino lo que se posee, ò recibió de aquel, cuya herencia se intenta dividir.

43 Pero si se contentan con su dote, y repudian la herencia, no tendrán obligacion de colacionarla. (2) Lo qual milita, y procede, con tal que la dote no exceda de la legitima, que atendido el importe de los bienes de su difunto padre al tiempo de su muerte unido con el de la dote, pueda corresponderlas: pues si excede, deberán restituir el exceso à los coherederos, porque en ninguna cosa pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, con titulo de dote, ni casamiento, excepto que el mejorante confirme el exceso en su ultima voluntad, como en el cap. 2. de este lib. num. 89. y 90. he sentado; y asi no las compete la eleccion de tiempos que permite la ley 29. de Toro, por estar corregida en esta parte.

44 La obligacion de colacionar las hijas la dote que sus padres las dieron para casarse, se amplía à las demás donaciones que estos las hacen, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*: y la razon es, porque se contemplan donaciones hechas por causa del matrimonio con la misma dote: y como en este concepto no pueden ser

(1) Arg. ley 13. tit. 11. Partid. 4. Castill. en la 29. de Toro n. 17. vers. Quod intellige.

(2) Ley final, ff. de Bonor. collation. ley ultim. Cod. de Dotis collation. ley penult. Cod. Familiæ erciscundæ, ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop. y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testam. Castill. ibi. n. 19. vers. Tertio fallit.

ser mejoradas por contrato entre vivos, deben traerlas à colacion, y particion. (1)

45 Al modo que las hijas deben colacionar la dote, y demás bienes que sus padres les entregaron de los suyos propios, lo deben hacer igualmente de lo que por su mera contemplacion consta las dieron otras personas; y que à no ser por este respecto, no se lo darian, y no de otro modo, porque se conceptúa dado por los mismos padres, y ser estos la causa proxima, è inmediata de la donacion: (2) à la manera que lo que donan à la muger los consanguineos de su marido por contemplacion de éste, es visto darselo él, y para él se adquiere por la misma razon, como advertí en el lib. 1. de este tratado cap. 4. num. 24.

46 No está obligada la hija à colacionar el dinero que alguno por haberla desflorado, y violentado la dió voluntariamente, ò en virtud de sentencia condenatoria, antes bien lo hace suyo privativamente. Y lo mismo procede para con el que se dió al hijo por la injuria que se le hizo: (3) y la razon es, porque este dinero no sale de la sustancia, ò caudal de sus padres, y asi no se disminuye, ni es dado por contemplacion, meritos, ni servicios de ellos, por lo que falta el motivo inductivo de la colacion.

47 Tampoco está obligada à colacionar con sus hermanos la dote, ni donacion *propter nuptias*, que algun extraño la dió para casarse, aunque éste la haya entregado à

(1) Ley Ut liberis, ley Illam, y Authent. Ex testamento, Cod. de Collation. y ley Quoniam novella, Cod. de Inofficios. testam. Gom. en la 29. de Toro n. 13. vers. Secundo infero.

(2) Ley 5. ff. de Jure dotium. Institut. Per quas personas nobis adquiritur, arg. leg. Sed si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. ibi: *Occasione patris*, & ibi. Bart. & DD. Valasc. de Partition. cap. 13. n. 23.

(3) Ley final, Cod. de Collation. y ley 2. §. Emancipatus, ff. eod. tit. Hermosill. en la ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 27. Parlador. Different. final n. 9.

à su padre para que la dotase, antes bien es peculio de la misma hija, y la toca privativamente su propiedad, y dominio. (1) Lo mismo procede para con las dadivas, ò regalos que algun pariente, ò amo à quien sirvió, la hizo, y salarios que ganó: pues aunque es de su padre el usufructo, mientras la tiene en su poder, pero no lo son las cosas donadas, por ser visto no haberselas donado por contemplacion, y mero respecto de su padre, sino por los meritos de ella, ò por particular afecto que el donante la profesaba, excepto que éste exprese lo contrario al tiempo de su donacion; por lo que si el padre exigió de su hija estas dadivas, ò regalos, y existen en su poder al tiempo de su muerte, se la han de entregar como bienes suyos adventicios, y separarse del caudal de su padre à este efecto, como no pertenecientes à la herencia paterna: (2) y no existiendo, se la dará su importe, del que no deben comunicar sus hermanos.

48 No solo comprehende à las hijas que se casan carnalmente, la obligacion de colacionar la dote que las dieron sus padres, sino tambien à las que entran en Religion, y profesan en Convento, que puede poseer bienes en comun, ò en particular, pues por la profesion se casan espiritualmente con Jesu Christo; y asi porque vale el argumento del matrimonio carnal al espiritual, se debe observar el mismo derecho en éste que en aquel. (3)

Y

(1) Ley 6. tit. 15. Partid. 6. ley Si filia nupta, §. Hoc amplius, ley Si maritus al fin, y ley Fundus qui al principio, ff. Familiæ erciscundæ.

(2) Gom. en la ley 29. de Toro n. 24. vers. Secundo, & à fortiori. Cardos. verb. Collatio, n. 27. Valasc. de Partition. cap. 13. n. 180. al fin. Hermosill. en dicha ley 3. glos. 6. n. 20. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 12. n. 170. y 171.

(3) Cap. Inter corporalia 2. de Translation. Episcop. cap. In præsentia, de Probat. Authent. Nisi rogati, Cod. ad Trebellian. Bart. in leg. 1. §. Si parens, n. 1. ff. Si quis à parente. Bald. in leg. Quoniam novella cit. al fin. Menchac. de Succes. creat. §. 20. n. 251. Angul. en la ley 9. glos. 6 n. 13. tit. 6. lib. 5. Recop. Gom. en la 29. de Tor. n. 14.

49 Y aunque se objete que estas dotes se dan à los Monasterios por via, y en lugar de alimentos, segun el Santo Concilio de Trento en la *sess.* 15. *cap.* 16: que de darse, y recibirse en otro concepto se comete simonía: (1) y que por ser para ellos, no hay obligacion de colacionarlas, porque los que se dan à los hijos, no se colacionan, (2) no obsta; porque la dote secular se dá tambien por razon de alimentos, (3) y no por eso dexa de colacionarse toda; (4) pues una cosa es subministrar diaria, ò annualmente los alimentos, y otra dar dote cierta al Monasterio, y éste recibirla con titulo de alimentos, porque en este caso no se dá en figura, ò apariencia de ellos, sino de dote; y de darse simplemente como tales, si la Monja muriera antes de consumir su total, se repetiria solamente del Monasterio lo que no hubiese consumido, lo qual no se practíca: y además al tiempo de colacionar se deduciria de la colacion lo que hubiese gastado, si en todo el tiempo que medió antes de la muerte de su padre, existiese en su casa: lo qual no se deduce, como tampoco de la dote secular. (5) Y asi, la verdad es, que aunque los alimentos dan causa para esta dote, pero no segun la naturaleza de tales, sino como la dote secular, de cuya donacion son la causa los alimentos. (6)

50 Del mismo modo debe colacionar la Religiosa las co-

(1) Bald. in leg. fin. n. 13. Cod. de Spons. Felin. in cap. Ecclesiæ Sanctæ Mariæ n. 79. de Constitution.

(2) Ley 1. §. Si inter, ff. de Liber. agnoscend. Bald. consil. 359. lib. 3. Gom. en dicha ley 29. n. 16. vers. Sed his non obstantibus.

(3) Ley Titio centum, §. Titio genero, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(4) Ley Ut liberis, y otras, Cod. de Collation.

(5) Menchac. dicho §. 20. n. 266.

(6) Bart. & DD. in dict. §. Titio genero. Valasc. de Partition. cap. 13. n. 32. al 35. Guerreir. dicho cap. 12. n. 21.

cosas que sus padres la dan, à mas de la dote, y son: el vestido con que entra en el Monasterio, la cama, lienzos, calzado, &c. Lo qual se entiende, à menos que estén especialmente exceptuados; (1) pero no las propinas regulares, que segun costumbre se dan à cada Religiosa, como por via de convite, excepto que se dé convite general à todas, pues entonces serán colacionables, y se estimarán como aumento de dote, el qual lo es segun Derecho. (2)

51 No debe colacionar la Religiosa lo que por tiempo cierto, ò por toda su vida se la dá fuera de la dote para subvenir à sus religiosas necesidades, y extraordinarias urgencias, para las que no la subministra el Monasterio lo competente, porque no se contribuye, ni entrega à éste, sino à la misma Religiosa por via de alimentos, los quales no son colacionables. (3)

52 Quando el hijo venga à heredar à sus padres, no solo debe colacionar lo que de ellos, ò de aquel, cuya herencia se trata dividir, hubo, y recibió, sino los vestidos, adornos, y demás que dieron à su esposa, ò muger, ya estén, ò no consumidos, porque en duda se conceptúa haberselos donado por contemplacion, y en nombre del mismo hijo, y de su legitima, y se adquieren para él, à cuyo poder pasan, y no para otro, aunque de otra suerte no conste que por su respecto, y atencion se los donaron; y si están consumidos, conferirá su estimacion. (4) Lo que al

(1) Valasc. ibi. n. 36.

(2) Ley Etiam, Cod. de Jure dot. ley Inter socerum, §. Cum inter, ff. de Pact. dotal. Alex. in leg. Divortio, §. Ob donationes, ff. Solut. matrimon. Valasc. ibi. n. 37. y 38.

(3) Valasc. ibi. n. 39.

(4) Gom. en la ley 29. de Toro n. 15. y en la 50. n. 67. vers. Ex quo infertur. Roland. consil. 10. n. 10. Valasc. ibi. n. 45. y 46. Hermosill. en dicha ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 48.

al contrario, si se los dieron los consanguineos, ò amigos de su marido, pues no los debe colacionar éste, y asi ella los hace suyos, y vale la donacion, (1) segun, y en los casos explicados en el lib. 1. cap. 4. num. 24. de este tratado.

53 No está obligado à colacionar las impensas de comida, refresco, regalo al Cura que lo casó, ni otras que por convite, y con titulo de honor, y celebridad de su boda, ò Misa nueva hacen sus padres: Lo primero, porque estas impensas pertenecen al que llaman honor, y estimacion de los mismos padres, que las hacen de su propia voluntad por lucimiento, y vanidad, y no son necesarias para la perfeccion, ni validacion del casamiento, antes sí superfluas. (2) Lo segundo, porque ninguna ley manda que se colacionen. (3) Y lo tercero, porque de estos gastos nada percibe el hijo, ni por consiguiente se le sigue la mas leve utilidad; y respecto existir baxo del paternal dominio, y carecer de potestad, asi para impedirlos, como para compeler à su padre à que los haga, si lo resiste, de ningun modo los debe colacionar. Lo qual se entiende, aunque el hijo tenga bienes propios de que se puedan hacer: pues no obstante, se conceptúa hacerlos su padre de los suyos, porque pertenecen à su honor. (4)

54 Deben colacionar los hijos los oficios públicos vendibles, que para ellos compran sus padres, ò ellos con el di-

(1) Ley Si mater 12. Cod. de Donation. ante nupt. Avendañ. en dicha ley 29. glos. 4. n. 10.

(2) Bart. in leg. 1. §. Nec castrense n. 9. ff. de Collation. Bald. in Authent. Ex testamento n. 12. Cod. eod. tit. Gom. dicho n. 15. vers. Quinto infero. Garcia de Expens. cap. 4. n. 10. Valasc. dicho cap. 13. n. 55. Hermosill. ibi. n. 39.

(3) Ley Illam 19. Cod. de Collationib.

(4) Bald. in Authent. Res quæ n. 5. Cod. Communia de Legat. Paul. consil. 304. n. 3. lib. 2. arg. leg. fin. Cod. de Dotis promission. Valasc. ibi. n. 57.

dinero que à este efecto les dan, si les son transmisibles, ya se los den en dote, donacion *propter nuptias*, ò simplemente: en cuyo caso se les debe computar en su legitima no el mismo oficio, porque es indivisible, y mere personal, sino el valor, ò estimacion que tiene, regulando su capital, no por lo que costó, sino por lo liquido que produce al tiempo de la muerte del padre. Y lo propio milita quando consta, que el Principe à deprecacion del padre, y por su mera contemplacion lo concedió al hijo. (1) Pero si los tales oficios no son vendibles, ò à lo menos transmisibles, no se deben colacionar. (2)

55 En quanto à si el hijo debe colacionar, ò no las expensas hechas por su padre en sacar las Bulas para obtener Obispado, Canonicato, ù otro Beneficio, ò Dignidad Eclesiastica, util, y fructifera, la comun opinion es que no, fundada en que el Beneficio, y Dignidad no se pueden vender, ni transmitir à los herederos: y respecto no serlo lo principal, tampoco lo accesorio. Pero *Valasco cap.* 13. *num.* 75. afirma lo contrario: Lo primero, porque no son donacion simple procedida de mera liberalidad, sino causal hecha por utilidad del mismo hijo, la qual es conferible. Y lo segundo, porque hay cierto modo de gastar con un sugeto, que es lo mismo que darle por via de dote, ò donacion causal, pues por medio del gasto, no solo consigue honor, sino utilidad para alimentarse; y asi como el padre puede repetir del hijo el gasto

(1) Gom. en dicha ley 29. n. 21. Valasc. ibi. n. 61. 63. y 64. Gamm. decis. 29. n. 3. Avendañ. respons. 9 n. 13. Guerreir. dicho cap. 12. n. 39. al 42. y otros.

(2) Bart. in dict. §. Nec castrense n. 4. y 6. Paul. in leg. omnimodo, §. Imputari, Cod. de Inofficios. testam. Garcia dicho cap. 4. n. 14. Tell. en la ley 26. de Toro n. 6. vers. Primus ergo casus. Gom. y Valasc. ubi supr. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. fin. n. 10. al 12. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 64. n. 5. y sig.

to que utilmente hizo en alhaja de éste, (1) asi tambien por la propia razon pueden imputarle en su legitima estos gastos utiles, sin los quales no lograria el Beneficio que ha de gozar, y con que se ha de mantener. (2)

56 Si el poseedor de un mayorazgo expende, v. g. dos mil ducados en la obtencion de Breve Pontificio, para que de los frutos de ciertas Iglesias se saque la tercera parte, ò mas, y de ellos erige dos Beneficios, cuya presentacion ha de hacer el que fuere poseedor del mismo mayorazgo, debe colacionar los dos mil ducados en cuenta de su legitima: Lo primero, porque el honor, y utilidad de presentar, ò derecho activo de Patronato es transmisible al inmediato, y demás succesores. (3) Y lo segundo, porque estamos en la regla general, y comun doctrina, de que los hijos deben colacionar en cuenta de aquella las donaciones que los padres les hacen por causa del matrimonio, ù otra. (4)

57 Por lo respectivo à si debe, ò no conferir la donacion, que su padre le hizo con titulo de patrimonio para ordenarse, hay dos opiniones: la una dice que no: (5) Lo primero, porque si lo que se dona para la milicia terrestre no se confiere por reputarse castrense, (6) como diré en el num. 79. con razon superior no debe conferirse lo que se dá para la celeste, que es mas digna, y elevа-

(1) Arg. leg. Quæ utiliter, ff. de Negot. gest.

(2) Valasc. dicho cap. 13. n. 75. Ayor. part. 2. quæst. 18. Guerreir. ibi. n. 43. y 44.

(3) Cap. 1. de Jure patronat. y ley 8. tit. 15. Partid. 1.

(4) Valasc. ibi. n. 76.

(5) Gom. ibi. n. 21. vers. Item subinfero, el primero. Tello en la 26. de Toro n. 16. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. al fin. Aimon consil. 126. Dueñ. regul. 222. limit. 3. Valasc. ibi. n. 77. Gracian. regul. 141. n. 6.

(6) Ley fin. Cod. de Collation. y ley 1. §. Nec castrense, ff. eod. tit.

vada, y de una à otra vale el argumento. (1) Lo segundo, porque en Derecho no se encuentra especificamente preceptuada tal colacion, por lo que no debe hacerse, no mandandolo el testador. (2) Y lo tercero, porque esta donacion cede en lugar de alimentos, los quales no son coferibles.

58 La contraria afirma, que debe colacionarla: Lo primero, porque es donacion causal util al hijo, y transmisible por su muerte à sus herederos. Lo segundo, porque la ley 29. de Toro habla general, y absolutamente, y ninguna exceptúa: y asi, no solo manda colacionar las dotes, y donaciones *propter nuptias*, sino las otras donaciones, que los hijos, y descendientes hubieren recibido del ascendiente à quien vienen à heredar. Y lo tercero, porque el fundo para alimentarse no es, ni puede ser castrense: y solo se reputarán por tales los libros, vestidos clericales, derechos del titulo, y gastos del viage, al modo que en el Soldado el vestido, armas, caballo, y lo demás necesario para ir à la guerra, pero no lo que le ha de servir para su alimento durante su vida, pues esto es legitima, y como tal se debe conceptuar en uno, y otro, y por consiguiente colacionar, no mandando el testador lo contrario. (3) Y à esta opinion me inclino como mas legal, justa, y verdadera en mi concepto.

59 Si los padres, ò el uno de ellos dieron dote à su hija, ò hicieron donacion *propter nuptias* à su hijo, y des-

(1) Ley Miles, ff. de Re judicat.

(2) Ley Illam, Cod. de Collationib.

(3) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 65. Morquech. lib. 4. cap. fin. n. 9. Sr. Covar. in cap. Raynaldus, §. 2. n. 7. de Testam. Avendañ. respons. 77. al fin. Menchac. de Succes. creat. lib. 3. §. 22. n. 44. Ayor. part. 2. quæst. 13. Guerreir. dicho cap. 12. n. 18. Hermosill. ibi, n. 50.

despues por hallarse alguno de ellos con urgencia para alimentarse, pagar deudas, ù otra, les bolvieron à dar alguna suma de dinero, alhaja, ò finca, parece que no deberán colacionarla en cuenta de su legitima, segun la ley 26. de Toro, y que se entenderán mejorados en ella. Pero lo contrario es lo veridico: y asi la traerán à colacion del mismo modo que la dote, y donacion *propter nuptias*, no mandando su padre otra cosa, porque es donacion causal hecha por necesidad, y no simple procedida de mera liberalidad, pues la misma causa intervino para la primera, que para este aumento: (1) y porque es visto que sus padres quisieron anticiparles aquello mas en cuenta de sus legitimas, pues la ley 26. de Toro se entiende, segun la comun, y mas segura opinion, en las donaciones simples que no son conferibles, y no en las causales.

60 Debe colacionar el hijo, que está baxo de la patria potestad, el usufructo de sus bienes adventicios que su padre le donó expresamente, si éste tiene recogido los frutos, y está constituido dueño de ellos: porque aunque provienen de los adventicios, cuya propiedad, y dominio toca al hijo, se estiman en este caso como profecticios, por ser dueño de ellos, y tenerlos en su poder su padre, por lo que salieron de su sustancia. (2) Lo qual se entiende, excepto que mande que no los colacione.

61 Pero si se los donó tacitamente, permitiendole que los llevase despues de cogidos, sin contradecirselo, ni impugnarle su percibo, no está obligado à traerlos à colacion, ni sus hermanos deben inquietarle acerca de ella, como se prueba de la ley *Cum oportet* 6. *Cod. de Bonis quæ liberis*, §. 2. vers. *Sin autem*, que dice: *Sin autem res*

(1) Ley Cum quo 56. §. fin. ff. ad leg Falcid. y ley 29. de Toro. Ayor. part 2. quæst. 31.

(2) Castr. in leg. Cum oportet, Cod de Bonis quæ liberis n. 30. Valas. cap. 13. cit. n. 139. Gamm. decis. 118. Guerreir. lib. 2. y cap. 12. cit. n. 70.

res sibi memorato modo adquisitas parens noluerit retinere, sed apud filium, aut filiam, vel deinceps personas reliquerit: nullam post obitum ejus licentiam habeant hæredes alii patris, vel avi, vel pro avi eumdem usumfructum, vel quod ex hoc ad filios familias (ut pote patri debitum) sibi vindicare: sed quasi diuturna donatione in filium celebranda, qui usumfructum detinuit, quem patrem ejus habere oportuerat, ita causa intelligatur, ut eumdem usumfructum post obitum patris ipse lucretur: parente jus exactionis quasi sibi debitæ à filio, qui usumfructum consensu ejus permaneat, nec altercationis cujusdam (maxime inter fratres) oriatur occasio.

62 Y aunque se diga que la simple donacion hecha al hijo de familia por su padre en vida, se colaciona, y confirma con la muerte del donante, y que antes es revocable, no obsta, porque esto se entiende en la que hace de sus cosas propias, mas no en la remision del usufructo de los bienes adventicios del hijo, pues esta no lo es de cosa propia, porque la propiedad de ellos toca à éste. Y sin embargo de que el padre lo adquiere al instante por disposicion de la ley, por lo que parece que dá algo de lo suyo, no es asi, porque la legal concesion se hace con la condicion tacita de: *Si quiere adquirirlo*, pues no queriendo, no se le puede precisar à su admision; y por lo mismo que no lo admite, se estima por no adquirido, y asi nada de lo suyo remite, dona, ni disminuye de su patrimonio, ni por consiguiente há lugar la colacion, porque lo adquiere para sí *pleno jure*, debe llevarlo precipuo como suyo, y no se le debe imputar en la legitima, ni tampoco en tercio, y quinto, si en ellos fuere mejorado. (1)

Re-

(1) Bart. in leg. Frater à fratre n. 47. ff de Condition. in debiti. Gom. en la 29. de Toro n. 29. y en la 48. n. 9. Gutier. in cap. Quamvis pactum n. 31. Matienz. en la ley 1. tit. 5. lib. 5. glos. 4. n. 19. Morquech. lib. 4. cap fin. n. 30. y 31. Valasc. dicho cap. 13. n. 141. al 145.

63 Recusando, ò diciendo el padre antes de adquirir el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, que no lo quiere, tampoco está obligado este à colacionar los frutos que produxeron, y percibió, porque entonces no es propiamente donacion, respecto de que el padre jamás lo tuvo, ni de su patrimonio se le desfalcó cosa alguna: (1) pues una cosa es omitir, ò dexar de adquirir, (lo qual no es propiamente donar, ni le está prohibido) y otra, y muy diversa perder lo adquirido, ò enagenarlo, y desprenderse de ello: (2) y asi no se debe hacer merito de él para cosa alguna.

64 Lo mismo procede en lo demás que el hijo adquirió, por no haber querido su padre adquirirlo, v. g. quando uno de sus hijos fallece, instituyendo à un hermano suyo por heredero, debiendo instituir à su padre, y éste no se quexa, ni quiere intentar accion alguna contra el testamento de su hijo, en que lo preterió, antes bien permite que el otro hijo perciba la herencia de su hermano, pues milíta la propia razon. (3)

65 Teniendo el padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo, si éste se casa, y aunque su padre continúe reteniendolo, no se lo demanda mientras vive, ¿se duda, si podrá repetirlo de sus herederos? Y aunque Castillo en la ley 48. de Toro num. 11. dice que no, porque

(1) Ley final, vers. Sive ex contrario, Cod. de Bonis quæ liberis, ley Si sponsus, §. Si maritus, ff. de Donation. inter vir. & uxor. Corneo in leg. Cum oportet, §. Sin autem, vers. Dicas pro concordia, & in consil. 285. vol. 1. n. 15. y 16. Castr. in dict. leg. Cum oportet. Valasc. ibi. n. 146. Vital de Collation. quæst. 8. n. 184.

(2) Ley final, Cod. de Codicil. y ley Quid autem, ff. Quæ in fraudem creditor. Gutier. in cap. Quamvis pactum n. 6. y sig. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 24. n. 4. Gom. en dicha ley 29. de Toro n. 29. vers. Quod extende.

(3) Parlador. different. 150. §. fin. n. 11.

que por el hecho de callar es visto haberlo donado à su padre, al modo que quando este calla, y consiente que su hijo lo perciba. Pero lo contrario es lo cierto, porque milita diversa razon para callar, que es el respeto, y reverencia à su padre: y asi podrá exigirlo, y deberá deducirse como deuda del acerbo del caudal, porque no es, ni se entiende libre donacion, y remision. (1)

66 Sucede algunas veces, que el hijo que vive en compañia de su padre, goza algunas Capellanias, Prebenda, o Beneficio Eclesiastico, y el padre las administra, y percibe sus frutos: en cuyo caso se duda, ¿si el hijo por su muerte podrá repetir, y exigir de su caudal el importe de estos frutos? Y satisfaciendo à esta duda, digo, que al padre no están concedidos por Derecho, porque son de cosa quasi castrense, y sí unicamente los de los bienes adventicios de su hijo: que por esta razon pertenecen *pleno jure* à este: que el padre debe darle cuenta de su administracion, porque no es mas que un mero administrador de ellos: y no habiendosela dado, ni entregadoselos, compete al hijo la accion de pedirla, y repetirlos de los coherederos, y hacer que se deduzcan como deuda de su caudal; pero respecto à que el padre no está obligado à mantener al hijo quando tiene de suyo, deben baxarse, y descontarse de su total, no solo los gastos de administracion, sino tambien los que hizo en alimentarle, darle estudios, y demás, al modo que si fuera administrador un extraño, porque no es creible que teniendo bienes, y rentas de que hacerlos, quisiese su padre expender de los suyos propios, y gravar à los demás hijos; por lo que si deducido todo, so-

(1) Ley Litis contestatæ, & ibi. Bart. ff. de Negot. gest. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 4. n. 8. y sig. Acev. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. Recop. n. 26.

sobrase algo, eso será lo que se baxará como deuda, y percibirá como credito liquido à su favor, (1) en lo que deben proceder el Juez, y Contador *ex bono, & æquo*, atendidas las personas, edad del hijo, para si pudo, ò no administrar por sí, y motivos de su silencio, y permision en que su padre administrase, y expendiese, y con presencia de todo hacer la cuenta, y deduccion.

67 Son adventicios los frutos de los bienes adventicios del hijo percibidos por él despues de la tacita, ò expresa remision de su padre, por lo que se constituyen *pleno jure* del mismo hijo; se conceptúan como donados por persona extraña, y por lo mismo no debe traerlos à colacion con sus hermanos. (2) Lo que al contrario, si su padre, ò madre le remiten los de los suyos propios, pues como que salen de su patrimonio, y sustancia, y por su remision se disminuye éste, debe colacionarlos. (3)

68 Emancipando el padre à su hijo, y dandole al mismo tiempo algun fundo, ù otra cosa, parece que deberá colacionarlo, por ser visto darselo en parte de pago de su legitima, (4) respecto puede anticiparsela, y prevenir el tiempo de su muerte. (5) Pero lo contrario es lo cierto; y asi como donado simplemente, no está obligado à colacionarlo, antes bien se entiende tacitamente mejorado en él en quanto no exceda del tercio, ni quinto, pues si excediere, se estimará el exceso por parte de legitima. (6)

Lo

(1) Gutier. ibi. ex n. 19. al 29. Aflict. decis. 241. Barri de Duob. fratrib. n. 16. Guerreir. de Division. dicho lib. 2. y cap. 12. ex n. 225. hasta el fin.

(2) Ley fin. Cod. de Collationib.

(3) Gamm. decis. 118. Valasc. cap. 13. cit. n. 147 al 150.

(4) Ley unica, Cod. de Imponenda lucrativa description.

(5) Ley Quoniam novella, Cod. de Collationib.

(6) Ley 26. de Toro. Pico in leg. In quartam n. 187. y sig. vers. Septima conclusio, & ibi. Rip. n. 183. y Ruin. n. 18. y 23. ff. ad leg. Falcid. Morquech. lib. 4. cap. fin. n. 50.

Lo qual se entiende, excepto que al tiempo de la donacion exprese que se lo dá en parte de ella.

69 No debe colacionar el hijo los gastos que su padre hizo con él en el estudio. (1) Pero esto se entiende de los hechos en enseñarle la Gramatica, y otras cosas, ò Artes, sin cuya pericia no puede vivir comoda, y decentemente como racional, segun la condicion de su persona, porque estos se comprehenden en los alimentos necesarios, que está obligado su padre à subministrarle, y como tales están esentos del gravamen de colacion; pues quando los alimentos se deben *jure naturæ, & sanguinis, aut ex officio judicis*, se numéra, y comprehende en ellos la enseñanza, ò disciplina, y los gastos que en ella ocurren, segun Derecho. (2) Lo que al contrario, quando se deben *ex dispositione, & voluntate hominis*, pues en este caso no se incluyen, à menos que el testador lo mande. (3)

70 Se limíta lo expuesto en el numero inmediato: Lo primero, quando el padre tiene, y administra bienes propios de su hijo, ya sean adventicios, castrenses, casi castrenses, ò de qualquiera clase, pues entonces es visto expender de ellos los gastos, y no de los suyos propios: y asi

(1) Leyes 3. tit. 4. Partid. 5. y 5. tit. 15. Partid. 6. y ley Quæ pater, ff. Familiæ erciscundæ, & ibi. Paul. & DD. Gom. en la 29. de Toro n. 16. vers. Sed his non obstantibus. Garcia de Expens. cap. 4. n. 1.

(2) Ley De bonis 6. §. Non solum 5. ff. de Carbonian. edict. ley Officio judicis 2. y ley Qui filium 4. ff. Ubi pupillus educari debeat. Bart. in leg. De bonis, y §. cit. Alex. in leg. Si donatione, n. 12. Cod. de Collation. Garcia de Expens. cap. 3. ex n. 47. Valasc. ibi. n. 151. al 153. Sr. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 15. Partid. 6. glos. 6. vers. Adverte tamen.

(3) Ley Legatis 6. y ley Nisi 7. ff. de Aliment. & cibar. legat. & ibi. glos. Bosio de Aliment. cap. 2. n. 64. Guerreir. dicho cap. 12. n. 121. y 122. y otros que citan.

asi estos menos tendrá que percibir de su valor el hijo, (1) como queda sentado. Y sin embargo de que parece debia proceder lo mismo que con la hija, pues si el padre tiene en su poder bienes adventicios de ésta, nunca se entiende darla, ni prometerla de ellos la dote, sino de los suyos proplos: (2) no obsta, porque milíta diversa razon, y es, que el padre está obligado por Derecho à dotarla precisamente de sus bienes propios, y por eso siempre se entiende que la dá, ù ofrece de estos la dote, y no de los adventicios, pero no lo está à hacer estas expensas con el hijo: y asi, ya consistan sus bienes en dinero, ò en otras especies, se presumen hechas de ellos, y no de los del padre; por lo que aunque no colacionará con sus hermanos en cuenta de legitima el importe de los gastos, por no haber salido del patrimonio de su padre, pero se le descontará de sus mismos bienes, quando pretenda su tradicion. (3)

71 Lo segundo, quando *expresa*, *ò tacitamente* se colige, que el padre, ò madre quisieron que estos gastos se imputasen al hijo en cuenta de su legitima: *Expresamente*, v. g. si lo protestan, y consta de la protesta en los terminos que se dirán en los num. 74. y 75. *y tacitamente*, quando por congeturas se infiere de su voluntad, v. g. por ternerlos sentados en el libro de cuenta, y razon de sus deu-

(1) Ley Nesennius, ff. de Negot. gest. ley fin. ff. de Hæreditat. petition. Gom. en dicha ley 29. n. 16. vers. Quod tamen limita. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 7. Valasc. dicho cap. 13. n. 164.

(2) Ley final, Cod. de Dotis promission.

(3) Bart. in leg. 1. §. Nec castrense, ff. de Collation. bonor. Bald. in leg. Omnimodo, §. Imputari, Cod. de Inofficios. testam. Alberic. & Paul. in leg. Quæ pater, ff. Familiæ erciscund. & in leg. fin. ff. de Hæreditat. petition. Gom. n. 16. cit. Ayor. part. 2. quæst. 13. n. 39. vers. Item limitatur.

deudores, pues si es solamente en el de cuenta de gastos, no basta, porque esto sirve solo para saber lo que gasta, y no para que de ello se infiera que quiso se imputasen al hijo en legitima. Pero si los padres son ricos, el hijo pobre, y los gastos modicos, no se le imputarán tampoco en legitima, sin embargo de la protesta: ni ésta surtirá efecto, porque se comprehenden (como dexo sentado) en los alimentos, y crianza, que como buenos padres deben darle *jure naturæ*, & *sanguinis*. (1)

72 Y lo tercero se limíta, quando resulta gran desigualdad entre los hijos, la qual se puede titúlar asi en el caso de que lo gastado con el estudiante exceda à la legitima, y mejora, atendido el valor de los bienes de su padre al tiempo de su muerte, junto con el importe de lo que con él expendió: ò quando el hijo no aprovechó en el estudio, porque no se verificó el fin para que lo expendió su padre: ò quando convirtió en vicios, y malos usos lo que éste le dió, pues por estas razones es visto haber querido que se le imputase en su legitima, (2) como dicen los Autores.

73 Pero es de advertir, y tener presente, que en estos casos, mediante estar obligado el padre à mantenerle mientras existe en su poder, quando no tiene de suyo, se le cargará solamente el exceso à lo que con él gastaria, manteniendole en su casa segun su calidad, y haberes, v. g. en darle de comer, vestir, calzar, medicinas, y todas

(1) Glos. Alberic. Paul. y otros en la ley Nesennius, ff. de Negot.gest. Ayor.ibi. vers Item failit, y vers. Item extende. Guerreir. dicho cap. 12. n. 133. al 137.

(2) Ley Quæ pater filio, ff. Familiæ erciscund. Bald. y Jason en la Authent. Quod locum col. ult. Cod. de Collation. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 15. Partid. 6. glos. 5. Avendañ. respons. 16. n. 2. Matienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. n. 6. Guerreir. ibi. n. 132. y 138. y 139.

das las demás cosas concernientes à los alimentos, pues estas no se le deben imputar: y asi el exceso à ellas será lo unico que colacione. (1)

74 Se ha de tener presente igualmente, que la protesta del padre, de que queda hecha mencion en el num. 71. debe ser hecha al tiempo que envia à su hijo al estudio, para que sean colacionables los gastos que con él hace, y no despues, como se prueba de la ley *Illud*, Cod. *de Collation.* que al fin dice: *Eo quod simplex donatio non aliter coufertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit*, y de otras; (2) porque de lo contrario se contempla donacion pura, en la qual solo al tiempo de hacerla puede imponer gravamen, y condicion, segun Derecho. (3)

75 Lo qual se entiende, quando la donacion fue hecha al hijo emancipado, ò habido por tal, porque entonces fue válida al instante, y se constituyó irrevocable: y asi no puede su padre quitarle el derecho adquirido, porque en las donaciones puras, y perfectas hechas simplemente, no se puede imponer despues condicion, segun dexo sentado. Pero si fuere hecha al existente en su poder; entonces como no vale, ni por consiguiente se constituye irrevocable, porque el padre puede revocarla hasta su muer-

(1) Gom. ibi. vers. Unum tamen est. Matienz. ibi. dicho n. 6. y 7. Garcia de Expens. cap. 4. n. 4. y 5. Valasc. dicho cap. 13. n. 161. al 165. Ayor. dicha part. 2. y quæst. 13. ex n. 39. vers. Item quæro. Morquech. dicho cap. fin. n. 57. al 59. Menoch. lib. 3. præsumpt. 29. n. 88. y lib. 4. præsumpt. 191. n. 18. Guerreir. ibi. n. 127.

(2) Ley Quotiens, ff. Solut. matrimon. ley unica, §. Accedit, Cod. de Rei uxoriæ action. y ley Labeo, §. Sed etiam, ff. Familiæ erciscund. Gom. dicho n. 16. vers. Item adde, y n. 27. Guerreir. ibi. n. 134. Morquech. dicho cap. 13. n. 57. Ayor. part. 2. quæst. 13. y n. 39. cit.

(3) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo.

muerte, podrá tambien declarar su voluntad, y en qualquier tiempo mandarle que la colacione. (1)

76 En quanto à otros gastos hechos para que el hijo aprenda ciencias mayores, ò vaya à la guerra, aunque parece que el padre no está obligado à hacerlos, especialmente si tiene que ir fuera de su casa à estudiarlas, (2) y que por lo mismo debe colacionarlos, lo contrario es lo veridico, porque como dice el Derecho, no redunda solo en utilidad privativa de él, sino de la patria, y en honor de la familia: y además se contempla, que el padre los hace movido de piedad, y por estas razones: y asi cesa la obligacion de colacion, ya estén, ò no consumidos, (3) excepto que de su voluntad conste lo contrario, tacita, ò expresamente, v. g. por haberlo protestado, ò sentado en el libro de cuenta de sus deudores, ò que por otras congeturas se colixa; (4) en cuyo caso se entenderá mejorado el hijo en quanto quepan en el tercio, quinto, y legitima.

77 Por lo tocante à los libros que el padre dá à su hijo para estudiar, ya esté, ò no baxo de su dominio, si en caso de duda por falta de manifestacion de su voluntad, deberá, ò no colacionarlos, es preciso distinguir: si el hijo es Abogado, Juez, ò Doctor que exerce algun oficio público, no los colacionará, porque es visto darselos para enseñar publicamente, que es casi lo mismo que para

(1) Arg. leg. Juris gentium, §. Adeo, ff. de Pact. Butr. consil. 38. n. 5. Jason in leg. Filia licet n. 8. Cod. de Collation. Rebuf. de Privileg. Scholar. privileg. 55. Gom. dicho n. 27. al fin.

(2) Menchac. de Succes. creat. §. 3. n. 202. Garcia dicho cap. 4. n. 52. Gom. ibi. n. 18.

(3) Dicha ley Quæ pater, ley 3. tit. 4. Partid. 5. verb. Fueras ende si el padre, y ley 5. tit. 15. Partid. 6. Valasc. ibi. n. 115. vers. Atamen his rationibus, al 158.

(4) Doctor. in dict. leg. Quæ pater. Morquech. dicho cap. fin. n. 57.

ra militar, por lo que se conceptúan quasicastrenses; (1) y al modo que las armas, y demás cosas castrenses son incolacionables, (2) del propio modo lo son los libros dados en la forma, y para el fin expuesto, porque se equiparan à las armas. (3)

78 Y si el hijo no exerce oficio público de enseñarse subdistingue: ò los libros son concernientes à aprender la ciencia que estudia, ò no. Si lo son, no los colacionará, (4) porque no siendo menos necesarios para estudiar, que las demás expensas que el padre movido de piedad le subministra, se juzgan por la misma regla que estas, ya subsistan, ò estén consumidos. Y si no son necesarios para instruirse en aquella ciencia, y se los dona solamente para leer, en este caso mediante cesar las razones expuestas, tendrá obligacion de colacionarlos, porque no se pueden llamar quasicastrenses. Pero lo mas seguro es, que asi los libros como los gastos de estudios mayores, y demás donaciones, en que para hacerlas no interviene causa necesaria, se imputen al hijo en cuenta de la mejora de tercio, y quinto, baxado lo que en los precisos alimentos expenderia con él su padre en su casa: y si exceden à la mejora, que se le cuente el exceso en parte de legitima. (5) Previniendo, que lo que se debe colacionar de los libros, es el valor que tengan al tiempo de la muerte del pa-

(1) Ley Fori, Cod. Advocatorum diversor. judic.

(2) Leyes de Partida citadas, y ley 1. §. Nec castrense, ff. de Collation. bonor. & ibi. Bart.

(3) Glos. en dicha ley Quæ pater, y en la Filiæ cujus, Cod. de Collation. Bart. in §. Nec castrense cit. Garcia dicho cap. 4. n. 6. Gom. en dicha ley 29. de Toro n. 17.

(4) Dicha ley 5. tit. 15. Partid. 6. & ibi. glos. Valasc. cap. 13. cit. n. 161. al 164.

(5) Morquech. lib. 4. cap. fin. n. 60. al 64. Matienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. n. 6. al 8. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 5. Avendañ. en la 29. de Toro glos. 3. n. 4. al 6.

padre, ò madre donantes, ò al de la colacion, y no al de su entrega; ni los libros tampoco, para que no se irrogue detrimento al hijo por la particular aficion, y memoria local, que en ellos tiene con motivo de la costumbre de registrarlos. (1)

79 No está obligado el hijo à colacionar lo que adquirió en la guerra, que se llama *castrense*, por provenir de su industria, y trabajo personal, y no de la sustancia del padre, por lo que lo hace suyo privativamente; (2) pues por no conferir los hijos emancipados lo que aunque estuvieran baxo de la patria potestad, no colacionarian, no se hace injuria à los que están en ella. (3) Y lo mismo procede para con los bienes casi castrenses, que su padre, ù otros por su contemplacion le dieron, v. g. para ir à la guerra, ò servir al Principe en su Palacio. (4)

80 No debe colacionar el hijo su peculio *quasicastrense*, que es à la similitud del castrense, v. g. lo que gana por el salario de Administrador, ù otro público, ò el Juez, ò Medico, ò el Abogado, Escribano, y Procurador, ò el Maestro de Gramatica, ò de alguna ciencia por enseñarla: pues todo lo que estos, y otros semejantes adquieren con sus respectivos oficios, se estima por casi castren-

(1) Gom. en dicha ley 29. y n. 17. vers. Adde tamen. Morquech. ibi. n. 65. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 5. al fin. Valasc. dicho cap. 13. n. 166. Guerreir. dicho cap. 12. n. 140.

(2) Leyes 3. tit. 4. Partid. 5. y 5. tit. 15. Partid. 6. ley. 1. §. Nec castrense cit. y ley final, Cod. de Collationib.

(3) Bart. in dict. §. Neque castrense. Riminald. in §. 1. Institut. Per quas personas n. 6. y 40. Avendañ. en dicha ley 29. glos. 4. n. 22.

(4) Ley 1. §. Neque castrense cit. ley final, Cod. de Collationib. ley Fideicommissaria 11. §. 1. vers. Nec ob eumdem, ff. de Fideicommissar. libertat. ley Si fratres, §. Idem Papinianus, ff. Pro socio, ley Castrense peculium, ff. de Castrens. pecul. y leyes de Partida citadas. Bart. in dict. leg. 1. y §. Neque castrense col. 2. Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers. Ex quo subinfertur.

trense, y asi no es colacionable, antes bien lo hacen suyo, porque proviene de su personal industria, y no mediata, ni inmediatamente del caudal de su padre, por lo que sus hermanos no deben participar de ello. (1) Lo propio milita para con lo que lucra el Clerigo *intuitu Ecclesiæ*, ò por otro medio adventicio, ya esté, ò no ordenado *in Sacris*, si goza del privilegio del Fuero, porque el Clerigo se reputa soldado celestial, y equipara à los demás soldados: (2) por cuya razon, lo que adquiere se gradúa casi castrense, segun dexo sentado, y como tal no debe colacionarlo. (3)

81 Tampoco debe colacionar el hijo lo que su padre expendió en obtenerle algun honor invendible, porque se equipara al peculio, y bienes castrenses; pero si fuere vendible, ò transmisible à los herederos, deberá colacionarlo, como se prueba de la ley 1. §. 16. ff. *de Collation.* que dice: ¿*Sed an id, quod dignitatis nomine à patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus*? *Et ait Papinianus lib.* 13. *Quæstionum, non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit: sed commune sit omnium hæredum onus hoc debitum*, y de la 30. §. 2. Cod. *de Inofficios. Testam.* cuyo contexto es: *Impu-*

(1) Avendañ. en la ley 29. de Toro, y glos. 4. cit. ex n. 23. hasta el fin. Guerreir. de Division. lib. 2. y cap. 12. dichos ex n. 92. al 98.

(2) Cap. Degradatio, §. Actualis de Præbend. in 6. cap. 1. de Clerico ægroto, y cap. Episcopus de Præbend.

(3) Ley Sacrosanctæ 34. ley Cum lege 50. y Authent. Presbyteros, Cod. de Episcop. & Cleric. y leyes 2. y 3. tit. 21. Partid. 1. Avendañ. ibi. n. 29. y glos. 3. ex n. 7. Spino in Rubr. de Testament. part. 4. n. 22. Barbos. in dict. leg. Sacrosanctæ, & in Authent. Presbyteros. Merlin. de Legitim. lib. 3. tit. 2. quæst. 6. Guerreir. ibi. n. 101. y 102.

putari vero filiis, aliisque personis, quæ dudum ad inofficiosi testamenti querellam vocabantur in legitimam portionem, & illa volumus, quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui eisdem personis adquisita, posse lucrari eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante, certa pecunia ad ejus hæredes perveniat; ita tamen ut ille gradus ejusdem militiæ inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet: ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est:: (1)

82 Lo mismo procede para con los gastos hechos à efecto de condecorarle con el grado de Doctor, ò Licenciado, por la propia razon, pues se contemplan donados por conseguir el honor de quasi milicia, y succeden en lugar de bienes quasicastrenses, que como queda expuesto, son incolacionables; bien que si el padre tiene en su poder bienes adventicios del hijo, se entiende hacerlos de estos, y no de los suyos. (2)

83 No se debe imputar al hijo en su legitima, ni por consiguiente debe colacionar lo que su padre, ò madre expendieron por redimirle de cautiverio, porque es visto haberlo expendido liberalmente movidos de piedad, y del afecto que como padres le profesaban, y no con animo de repetirlo, ni de que despues de su muerte se le precisase à su colacion, (3) y asi se entiende mejorado en su importe. Asi-

(1) Gom. en dicha ley 29. de Toro n. 21. Garcia dicho cap. 4. n. 4.

(2) Dicha ley 5. tit. 15. Partid. 6. ley final, ff. de Petition. hæreditat. & ibi. Bald. Valasc. cap. 13. n. 175. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 6.

(3) Ley Liber captus, Cod. de Captiv. & post limin. revers. Gom. en dicha ley 29. n. 19. Valasc. ibi. n. 176. Morquech. dicho cap. fin. n. 67.

84 Asimismo no debe colacionar lo que su padre pagó por él voluntariamente por la pena, en que por algun delito fue condenado, porque es visto haberlo hecho por piedad, excepto que su padre mande que se le impute, ò que por protesta, ò congeturas se pruebe, que quiso lo colacionase, ò que sea cantidad grande, por la qual se graven las legitimas de los demás hijos. Pero si lo pagó por necesidad, v. g. por estar obligado à ello por ley, ò por ser fiador del mismo hijo queriendolo éste, ò por otra causa semejante, deberá traerlo à colacion, porque no se presume haberselo donado, si no lo expresa. Y si tenia bienes del hijo en su poder, se entiende haberlo satisfecho de ellos. (1)

85 No son colacionables las pensiones, ò renta vitalicia que el Rey, ò Reyna, por via de mera gracia, y donacion, conceden à hijo, ò hija de algun criado suyo, ò de otro, aunque no lo sea, sin embargo de que se alegue haber sido hecha la concesion por los meritos, ò servicios del padre. Lo qual se entiende, aun quando por su Real permiso, y especial gracia pasen à los hijos, y descendientes del concesonario, porque esta concesion no sale del patrimonio del padre mediata, ni inmediatamente, ni es deuda, sino pura merced, y se estima provenir de liberalidad, y munificencia del Principe, ò Princesa; se reputa la renta, ò pension por casi castrense, y como tal toca, y pertenece solamente al concesonario, y es libre de la colàcion. Asi se prueba de la ley 7. Cod. *de Bonis, quæ liberis*, cuyo contexto es: *Cum multa privilegia Imperialibus*

(1) Ley 1. Cod. ley Is qui, y ley Nesennius, ff. de Negot. gest. ley Post mortem, ff. Quando ex facto tutor. y ley Cum post, ff. de Administr. tutor. Gom. ibi. n. 20. Morquech. ibi. n. 68. Ayor. part. 2. quæst. 17. Valasc. ibi. n. 177. Guerreir. lib. 2. y cap. 12. cit. n. 35. al 37.

bus donationibus jam præstita sunt, dignum incrementum, & his conferre nostra dignata est clementia. Si quis igitur à Serenissimo Principe, vel à piissima Augusta sive masculus, sive fœmina donationes sit consecutus, vel consecuta, sive mobilium, sive immobilium, sive semoventium rerum filius familias tamen constitutus, vel constituta, habeat hujusmodi res omni acquisitione absolutas, & nemini eas acquirat, neque earum usumfructum pater, vel avus, vel proavus sibi vindicet, sed ad similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas filii, vel filiæ familias habeant. Ut enim Imperialis fortuna omnes supereminet alias, ita oportet, & principales liberalitates culmen habere præcipuum. (1) Y asi lo he visto declarado por el Consejo, confirmando la Sentencia de uno de los Tenientes de Corregidor de esta Villa en el pleyto que cité en el cap. 1. de mi primera parte num. 116.

86 Pero si al principio compró el padre las pensiones, ò renta vitalicia, aunque despues por gracia del Rey se transfieran à los descendientes, deberá colacionarlas el hijo, ò hija à quien se concedieron, porque se ha de atender à su principio, en el qual como no intervino liberalidad, sino causa, y contrato oneroso, aun quando luego la haya, è intervenga para la transmision à su posteridad, no debe obrar tanto, que se reputen, y estimen como meras donaciones, y estén esentas de colacionarse; y asi se conceptúan reditos, ò intereses del capital desembolsado por el padre en su compra, y que continúan durante la voluntad del concedente como tales, y no como merced. Y lo

(1) Gamm. decis. 29. n. 1. y 4. Valasc. ibi. n. 178. Guerreir. ibi. n. 149. al 152. Gom. en dicha ley 29. n. 10. vers. Ex quo primo infertur.

lo mismo procede, quando éste manda que el donatario las colacione. (1)

87 No tiene obligacion el hijo de colacionar con sus hermanos los bienes adventicios, que con su mera industria, y personal trabajo, (v. g. sirviendo à otro por estipendio, ò salario annual, ò mensual, aunque sea con voluntad de su padre) y no con caudal de éste, consta haber adquirido, antes bien todos deben ser suyos privativamente en propiedad, no obstante que el usufructo de ellos corresponde à su padre, mientras existe en su dominio, (2) como acerca de los de la hija he sentado en el num. 47.

88 Si adquirió todo el lucro con los bienes, ò dinero de su padre, sin poner trabajo suyo, ò negoció en nombre de éste, y lo expresó asi en los contratos que celebró, debe comunicarlo como profecticio, pues viene à ser un factor, ò procurador suyo; y como que negoció en su nombre, y por su cuenta, y riesgo, debe ser todo el lucro, ò pérdida para él. Si lo adquirió solamente con su trabajo, è industria, es adventicio, y como tal incomunicable con sus hermanos: y asi constando esto, no debe colacionarlo, segun queda expuesto. Pero dudandose si fue, ò no adquirido por su mero trabajo, ò con los bienes de su padre, llevará la mitad para sí, y la otra mitad será para su padre, ò para su testamentaría, al modo que entre los socios se practíca quando uno pone el fon-

(1) Valasc. ibi. n. 179. Guerreir. ibi. n. 153. y 154. Gamm. ibi. n. 5. y decis. 34. n. 10. Pegas ad Ordin. lib. 2. tit. 35. in Rubr. cap. 21. n. 256.

(2) Ley final, Cod. de Collation. arg. leg. Cum oportet, Cod. de Bonis quæ liberis. Gom. en dicha ley 29. y n. 10. vers. Secundo infertur, y vers. Secundo, & à fortiori. Valasc. ibi. n. 180. al fin. Hermosill. en la ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 20. Guerreir. ibi. n. 170. y 171.

fondo, y otro la industria, pues será inicuo que lo que el hijo gana con sus afanes, y sudor, lo lleven sus hermanos, sin haberlos tenido: (1) lo qual entiendo debe proceder en el solo caso de que su padre no lo haya alimentado, pues si lo alimentó, y estaba baxo de su dominio, será todo el lucro para su testamentaría si se dudare con qué hizo la adquisicion.

89 Y si con el dinero de su padre adquirió el lucro cometiendo usuras, ò valiendose de otros medios, y arbitrios ilicitos, y reprobados, nada de él deben participar su padre, ni hermanos, ni tampoco traerse à particion, porque el lucro ilicita, y torpemente adquirido no viene al jucio divisorio, antes bien se debe restituir à su dueño, y si se ignora quién es, darlo por Dios. (2)

90 Habiendo administrado, y gobernado por sí solo el hijo los bienes de su padre à causa de hallarse muy viejo, ò imposibilitado: si los demás por ser menores, ò por otro motivo nada lucraron, ni trabajaron, podrá pedir por su muerte el salario de todo el tiempo de la administracion, y se le debe dar, al modo que al extraño se daria, à no ser él capáz de gobernarlos; cuyo salario regulará el Juez sabio, y prudente, con equidad, atendido su trabajo, y lo que despues de vestido podia ahorrar un criado, y se deducirá del cuerpo del caudal, como deuda contra éste, al modo que si se debiera al criado, por no parecer justo que los hermanos sin trabajo se lucren con

(1) Gom. ibi. Segur. in leg. 1. §. Si vir uxori, ff. de Acquirend. posses. Ayor. part. 3. quæst. 2. Valasc. ibi. n. 181. al 182.

(2) Ley 2. tit. 15. Partid. 6. & ibi. glos. 10. y sig. y ley Cæteræ 4. §. Sed, & si quid 2. ff. Familiæ erciscund. Valasc. ibi. n. 189. y 190. Morquech. de Division. lib. 4 cap. 13. n. 26. al 29. Guerrer. ibi. n. 182. y 183. Ayor. dicha part. 3. quæst. 3. n. 7.

con el suyo, (1) sin embargo de que estando baxo de la patria potestad, debe servir à su padre, (en lo que, y en que se presume haberlo hecho por piedad, se fundan algunos, para intentar privarle del salario, y remuneracion que merece, y que ceda en utilidad de sus hermanos) pues esto es bueno para que à su padre no pueda demandar, pero no para que muerto, se lucren estos con su sudor; pero para evitar dudas por la discordia de pareceres que hay, conviene que asi lo proteste, pues de esta suerte conseguirá alguna remuneracion, como lo advierte *Parlador. lib.* 1. *Rer. cap.* 19. *n.* 4. que con otros que cita, sigue la negativa en caso de faltar la protesta, asi para con el padre, como para con la madre indistintamente.

91 Si el hijo emancipado no solo no ganó lucro, ni cuidó de los bienes de su padre, sino que antes bien los delapidó, consumió, ò substraxo, debe colacionarlos, ò restituirlos, ò su importe; pero si existe baxo de la patria potestad, podrán los coherederos conseguir el reintegro por medio de la compensacion, ò retencion de otro tanto como destruyó, (2) que en el efecto viene à ser lo mismo.

92 El hijo, à quien por sus meritos hicieron donacion su padre, ò madre, no está obligado à colacionarla, quando son condignos, y equivalentes à ella, ò tales, que no pueden estimarse, ni pagarse con dinero, porque se contempla de bienes adventicios, los quales no se confieren, y mas se conceptúa remuneracion, y paga de deuda, que donacion, y por consiguiente como hecha à extraño, pues no basta que sean obsequiales, porque à estos

(1) Fulgos. in leg. Illud, Cod. de Collation. n. 3. Gom. ibi n. 24. vers. Ex quo subinfertur, Baez. de Decim. tutor. cap. 4. n. 10. Morquech. ibi, n. 17. 19. y 22. al 25. Ayor. dicha part. 3. quæst. 3. y n. 7.

(2) Palac. Rub. in Repet. fol. 61. col. 4. Gom. ibi. n. 25. Guerreir. ibi. n. 36.

tos está obligado; (1) y los que se hacen por piedad, ò por precepto de la ley, y de la naturaleza, no se deben graduar por meritos. (2)

93 Pero el hijo debe justificar los meritos, pues no es suficiente la confesion de su padre, ò madre, aunque sea jurada, porque se trata del perjuicio de los demás hijos, à quienes no deben gravar en sus legitimas. Bien que en este caso valdrá la confesion como simple donacion en todo lo de que los padres pueden disponer, salva la legitima de los otros hijos, en lo qual no se revocará por la ingratitud del hijo, ni por el posterior nacimiento de otros. (3)

94 Son colacionables en cuenta de legitima las donaciones que los padres hacen à sus hijos por *causa necesaria*, porque no es visto hacerselas por mera liberalidad, sino impelidos de aquella causa, y por consiguiente con animo de compensarlas, pues son de cantidad considerable, y contienen parte de herencia. Pero en quanto à las donaciones *simples*, la mas comun opinion es, que no se deben colacionar, porque regularmente son de cantidad módica, no contienen parte de herencia, que asi se pueda titular, proceden de mera, y absoluta liberalidad del donante, y ninguna causa necesaria interviene para hacerlas, y por lo mismo son hechas sin animo de que se compensen con la legitima, y se estima al donatario por mejorado en su importe. (4) Lo

(1) Ley Quod autem, §. Si vir, ff. de Donation. inter vir. & uxor. ley Filiæ cujus, Cod. Familiæ erciscund. y ley Si pater, ff. de Donation. Matienz. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 9. Gom. ibi. n. 23. Guerreir. ibi. ex n. 49. al 52. y muchos que cita.

(2) Garcia de Donation. remunerator. n. fin.

(3) Gom. ibi. vers. Item adde. Dueñas regul. 222. limitat. 1. Gutier. de Juram. confirm. lib. 1. cap. 5. n. 20. y sig. Morquech. lib. 4. cap. fin. dicho n. 20. y 21.

(4) Gom. ibi. n. 12. Valasc. cap. 13. cit. n. 81. al 88.

95 Lo expuesto en quanto à las donaciones simples se limíta en tres casos: El primero, para con el hijo emancipado, pues vale la hecha por su padre en el instante que se la hace, y es colacionable como las causales, excepto que exprese que no quiere que la colacione; lo que al contrario haciendola al que está en su poder, pues no vale, à menos que se confirme con su muerte, (1) porque en este caso toma la naturaleza de legado hecho para despues de ésta, el qual no es colacionable. (2) El segundo, quando de no conferirse la donacion simple resulta desigualdad grande entre los descendientes, cuya evitacion es el principal motivo de estar preceptuada la colacion. Y el tercero, quando el donante mandó en la misma donacion, que el donatario la colacionase; en cuyo caso cesa toda duda, y no hay mejora. (3)

96 Y porque puede dudar con justo motivo el Contador lego quáles son donaciones *simples*, y quáles *causales*, debo prevenirle, que se llaman simples las que provienen de mera liberalidad, y munificencia del donante, sin que para hacerlas intervenga causa, ni obligacion alguna, por lo que se presume quiere que el donatario no las colacione; (4) y asi no se imputan en legitima, antes bien se gradúan, y estiman por mejora en quanto se-

(1) Ley Ut liberis, §. fin. Cod. de Collation. ley 2. Cod. de Inofficios. donation. ley Cum de Bonis, ff. de Donation. y ley Donationes quas parentes, Cod. de Donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley In donationibus, Cod. ad leg. Falcid. ley A patre, ley Si donatione, y ley Nec emancipati, Cod. de Collationib. Matienz. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 6. al 8.

(3) Valasco, ibi. n. 89. y 90. Gom. ibi. n. 26. Sr. Covar. in cap. Raynutius de Testam. §. 2. n. 6. Hermosill. en la ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 3. n. 8. y 9. Guerreir. de Divis. lib. 2. y cap. 12. dichos n. 14. al 17.

(4) Ley 1. ff. de Donation. y ley Donari, ff. de Regul. jur. Matienz. ibi. glos. 2. n. 2.

segun nuestro Derecho Real quepan en el tercio, y quinto, porque de lo contrario serían contrarias à su difinicion, que presupone liberalidad.

97 Donaciones causales son las que el donante hace por la causa que à ello le impele, y por la que puede ser compelido à hacerlas, ya sea por estar obligado à ello por Derecho, (como el dotar à la hija que vive honestamente) por lo que se llaman *necesarias*, (1) ò *ex officio judicis*, ò por necesidad causativa, qual es la de casar, ò poner en estado à algun hijo, ò alimentarle, pues está obligado tambien à ello el padre, pudiendo: y asi verificandose la necesidad por alguna de estas tres razones, se llama donacion causal, y necesaria, y se debe colacionar, è imputar al donatario en su legitima, (à menos que el donante mande lo contrario, ò de su voluntad se colija que quiso mejorarle) porque es visto haberle anticipado en cuenta de ella lo que le donó, y no donadoselo liberal, y graciosamente; (2) pues en las obligaciones coactivas, ò necesarias nadie es liberal, antes bien mas se cree que quiere pagar lo que debe, que donarlo: (3) y quando interviene obligacion, y necesidad de pagar, no se presume que hay animo de donar. (4)

98 Como por la variedad de opiniones que hay acerca de muchos de los casos referidos, y de otros que no están resueltos en Derecho, puede dudar asimismo el Con-

ta-

(1) Paulo in leg. Ut liberis, Cod. de Collationib. n. 10. Decio ibi. n. 26. & in Authent. Ex testamento n. 11. Alex. in dict. leg. n. 5. col. 3. Aimon consil 85. n. 6.

(2) Authent. Ex testam. Cod. de Collation. ley Quoniam novella, Cod de Inofficios. testament. y ley Illud, Cod. de Collationib. Tell. en las 26. y 29. de Toro n. 2. 3. y 4. Gomez en la 29. n. 12. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 65. n. 4. y sig. Matienz. dicho n. 2.

(3) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat.

(4) Ley Cum de Indebito, ff. de Probation. ley Campanus, ff. de Oper. libertor.

tador quándo se ha de entender, ò no mejorado el donatario, y en qué forma se ha de considerar, y deducir la mejora. Para que con arreglo al espiritu de nuestras leyes resuelva los que le ocurran, y no se confunda en los que falte decision legal, protexta, ò declaracion del donante, ò congeturas de su voluntad, le prevengo por regla general, que siempre que el donatario pueda ser mejorado en contrato entre vivos, le gradúe, y estime por tal en quanto lo donado por su ascendiente no exceda de su legitima, y mejora, y se lo aplique en este concepto; lo qual se entiende, ya sea simple, ò causal la donacion, porque la ley 26. de Toro no distingue; pero con tal que no sea necesaria, ò coactiva, (como lo es la *propter nuptias*) pues si lo fuere, se le ha de imputar en legitima, no mandando lo contrario el donante, (1) porque se conceptúa hecha en cuenta de ella, aunque no se exprese: y de no entenderse asi, resultaria antinomia, y contradicion, ò contraposicion en las leyes 26. y 29. de Toro, la qual se debe evitar con la genuina, y verdadera interpretacion, arreglada à su espiritu, como expondré con legal apoyo en el num. 164.

99 Debo prevenirle igualmente para efecto de considerar, y deducir esta mejora, que aunque algunos dicen que ante todas cosas se debe imputar al donatario en cuenta de legitima la cosa donada, ò cantidad gastada à su beneficio por su ascendiente, y que solo en lo que exce-

(1) Matienz. en dicha ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 2. n. 8. Parlador. Different. ultim. §. y n. fin. Gom. Arias en la 26. de Toro n. 14. Avendañ. in Dictionar. verb. Castrense, y en la 29. de Toro, glos. 3. n. 4. y 5. Diego Perez en la 8. tit. 1. lib. 1. Ordenam. glos. 2. Mendez de Castro en la Cum oportet, Cod. de Bonis quæ liberis part. 4. n. 170. Palac. Rub. in repet. cap. Per vestras, tertio notabili, §. 22. ex n. 10.

ceda de ella se entiende mejorado, no debe seguirse su opinion, por ser opuesta à la mente, y literal contexto de la ley 26. de Toro, cuyo genuino, y verdadero espiritu es, que en todos los casos en que los ascendientes hacen donacion à sus hijos, y descendientes legitimos, que pueden ser mejorados en contrato entre vivos: si el donante no manda que la reciban en cuenta de su legitima, se entiendan serlo en la cosa donada, y entregada, ò prometida, aunque no diga que los mejora, y que demás de ella lleven su legitima, como se prueba de la misma ley, que insertaré, y explicaré en el num. 157. De modo, que primero se ha de mirar si su total cabe en la mejora, y cabiendo, se les ha de imputar en ella, porque en este concepto se les dió, y no en el de legitima. Si no alcanza à completarla, se les ha de estimar mejorados solamente en lo que importe, y luego aplicarles en otros bienes su legitima, pues el ascendiente no está obligado à mejorarlos en el todo de sus bienes sino quiere, aunque puede. Si su valor cubre, ò alcanza para la mejora, deduciendola primero, y tambien para su legitima, se les ha de aplicar integramente en pago de ambas. Pero si excede à la legitima, y mejora, deben restituir à los coherederos el exceso como inoficioso; lo qual es al contrario en la dote, donacion *propter nuptias*, y otras donaciones con causa necesaria, pues estas se les han de imputar primero en su legitima, porque en pago de ella se dán, y anticipan, y no se comprehenden en el nombre de donaciones, y el exceso en parte de mejora; (1) Bien que la dote nunca se en-

(1) Gom. ibi. n. 30. vers. Pulchrum tamen dubium est. Matienzo en dicha ley 3. glos. 1. n. 8. y glos. 2. n. 1. Tell. en las 26. y 29. de Toro n. 2. vers. His sic præmissis. Sr. Covar. in cap. Raynaldus §. 2. n. 8. de Testam. Rodrig. Suar. in leg. Quoniam in priorib. quæst. 5. n. 4. Morquech. lib. 3. cap. 2. ex n. 32. al 55. Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 4. n. 1. Gutiér. lib. 2. Pract. quæst. 63. n. 1. y 2. y quæst. 64. n. 1. al 3.

entiende dada en cuenta de ésta, porque las hijas no pueden ser, ni se estiman mejoradas en contrato entre vivos, como en varios lugares de este libro dexo sentado. Cuyas prevenciones pueden servir de regla, pauta, y norte al Contador en qualquier caso dudoso, y observandolas, será legal la particion, y deduccion en esta parte.

100 Queda explicado en qué casos debe colacionar, ò no el hijo lo que sus padres le entregaron en vida, y si la colacion ha de ser en cuenta de legitima, ò de mejora. Paso à exponer si lo que el abuelo dió à la nieta, viviendo su hijo, lo deberá colacionar ésta, ò su padre; y distinguiendo, digo, que si el abuelo dió à su nieta la dote por sus meritos, y obsequios, ò por particular afecto que la profesaba, (como suele suceder, especialmente habiendola criado) y no por mera contemplacion de su hijo, no tiene obligacion éste de colacionarla quando succede à su padre; ni tampoco la nieta, si el suyo premuere, quando herede à su abuelo, porque ésta por su propio derecho succede en su herencia, ocupando el lugar de su padre, el qual no estaba obligado en dicho caso à colacionarla, à causa de no haber sido dada por su contemplacion, y porque no se la debe la legitima del abuelo, viviendo su padre, y asi no es visto habersela anticipado, (1) sino hechola legado de su importe, como pudo.

101 Pero si el abuelo dotare à su nieta por contemplacion de su hijo, y constare de ello, (v. g. porque era pobre, ò porque estaba obligado à dotarla) tendrá que colacionar éste la dote de su hija, quando se dividan los bienes de su padre abuelo de ella, y recibirla en parte de su

(1) Ley Avus, ff. de Jure dotium, ley Dedit dotem, ff. de Collationib. bonor. Morquech. lib. 4. cap. fin. n. 32. y 33. Gom. en la ley 29. de Toro num. fin. vers. Si autem avus.

su legitima: y la razon es, porque es visto ser dada primero à su padre como causa proxima, y que por medio de éste pasó, y se transmitió despues à la hija, por lo que es profecticia; y luego la hija la colacionará tambien quando se dividan los de su padre, porque mediatamente salió de su patrimonio, por habersele dado por su mera contemplacion; y lo mismo deberá practicar, si premuriendo su padre, succede con sus tios carnales, ù otros nietos de su abuelo. (1) Lo propio milita en caso de duda; pues se presume habersela dado por atencion, y respecto de su padre, y no de ella. (2)

102 Por lo respectivo à si el enfiteusi es, ò no colacionable, se debe distinguir: Si es de *nominacion* por ciertas vidas, (el qual se usa mucho en el Reyno de Portugal, y aun en el de Galicia) y el enfiteuta no lo compró, y en vida nombra à su hijo para que lo goce, no está obligado éste à colacionarlo, ni su estimacion con sus hermanos, quando su padre no fue el primero que lo adquirió; y la razon es, porque nada recibe de él, si no del Señor del directo dominio, que lo concedió al primero. (3) Ni tampoco quando el padre lo eligió en su testamento, porque esta eleccion hace las veces de legado, y los que se dexan en ultima voluntad, no se colacionan. (4)

Si

(1) Dichas leyes. Gomez, ibi. vers. Secundum dubium. Morquech. ibi. n. 37. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 7. Parlador. Different. fin. §. 3. n. 4. y 5.

(2) Bald. in Authent. Ex testamento, Cod. de Collation. Alciat. regul. 1. præsumpt. 17. Parlador. ibi. n. 7. Morquech. ibi. dicho n. 33. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 7. num. 27. y 28. Bertrand. consil. 73. col. 4. lib. 1.

(3) Ley Unum ex familia, §. Si de falcidia, ff. de Legat. 2. & ibi. Dd. Bart. in leg. Mortis causa, ff. de Donation. causa mort. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 8. n. 21. Gamm. decis. 233.

(4) Ley A patre 10. y ley Filiam cum 16. Cod. de Collation. Gom. en dicha ley 29. n 4. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. n 48. Valasco de Partit. dicho cap. 13. n. 101.

103 Si el padre lo adquirió, deberá traerlo à colacion el hijo, porque se entiende concedido al mismo padre, con quien contrajo el Señor del directo dominio, y y no con el hijo, à quien tal vez no conoció, ò acaso no habia nacido entonces, por lo que no se presume tenerle aficion. Y lo propio milíta sin disputa, aunque se conceda al hijo, si en la concesion se expresó que se hacia por contemplacion, y respecto del mismo padre. (1)

104 Y si lo compró, tendrá tambien el hijo nombrado que colacionar el precio que desembolsó por él; y la razon es, porque quanto pagó el padre, tanto disminuyó de su caudal para conseguirlo, y à no haberlo comprado quedaria su importe à todos sus hijos para dividirlo entre sí: por lo que es justo que el hijo, que succede integramente en él, lo colacione, para que de este modo no haya desigualdad, ni sus hermanos sean perjudicados en sus legitimas. Y aunque se objete no ser colacionable, porque no pasa al hijo hasta que su padre fallece, y las cosas que vienen despues de su muerte, no lo son, segun dexo sentado: no obsta, porque el precio salió de su caudal en vida, y no le fue dexado en ultima disposicion, por lo que debe colacionarlo, no mandando el padre lo contrario. (2)

105 La obligacion de colacionar el precio, se amplía: Lo primero, en el caso de que el padre renuncie el enfiteusi en el Señor del directo dominio, para que lo conceda al hijo, y éste no esté obligado à colacionarlo; pues este fraude, y cauteloso ardid no le exime de ella, porque lo cierto es, que por el precio desembolsado llegó al padre, y despues lo donó al hijo, y de otro modo à ningu-

(1) Valasc. ibi. n. 98. y 99. (2) Valasc. ibí. n. 102. al 104.

guno hubiera llegado. (1) Lo segundo, aunque el padre comprador sea el ultimo llamado à su obtencion, è impetre del Señor del dominio directo, que lo renueve à su hijo; pues no obstante que lo nombre, debe colacionar el precio, porque por el dinero satisfecho no solo es visto comprar el enfiteusi, sino el derecho de pedir su renovacion, por cuya razon se le concedió, y porque el enfiteusi renovado es el mismo continuado, y no otro nuevo. (2) y lo tercero, aunque el enfiteusi se haya concedido al hijo en remuneracion de los servicios hechos por su padre al Señor de él, si estos son obligatorios, y dignos de ser remunerados, (3) porque la accion que por servicios se adquiere, se juzga como las demás acciones, y derechos. (4) Todo lo qual se entiende con arreglo à lo explicado en los casos precedentes, y num. 98. y no en otros terminos.

106 Igualmente debe colacionar el hijo el importe de las mejoras, ò aumentos hechos por su padre en la alhaja enfiteutica, si quiere ser su heredero, à cuyo fin se estimarán, pues tiene accion à repetir los del Señor del dominio directo, à quien extinguidas las vidas, ha de bolver mejorada, (5) y éste debe abonarselas, porque à todos

(1) Arg. leg. 3. §. ultim. al fin, ff. de Donation. inter vir. & uxor. Valasc. ibi. n. 105.

(2) Ley Dies cautioni, & ibi. Alex. ff. de Damn. infect. Gamm. decis. 24. y 26. n. 6. y decis. 222. n. 7. Marco Antonio in leg. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, n. 33. Cod. de Testam. Valasc. ibi. n. 106. y 107.

(3) Pinel. de Bonis matern. lib. 1. part. 3. ex n. 8. Tell. en la ley 8. de Toro ex n. 3. Valasc. dicho cap. 13 n. 108.

(4) Ley Bonorum, ff. de Verbor. significatione. Valasc. dicho n. 108.

(5) Glos in leg. Emptor, ff. de Rei vindication Valasc. ibi. n. 114. Sr. Molin. de Primogen. lib. 1. cap 26. Gamm decis 22. Cost. de Succes. Reg. pag. 7 y 61. & in leg. Qui duos, § Cum in bello al fin, n. 13. ff. de Rebus dub. Ayor. part. 2. quæst. 19.

dos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero. (1)

107 Pero es de advertir, que asi en quanto à la colacion de lo que costó el enfiteusi, como del importe de las mejoras tiene eleccion el hijo, por lo que puede colacionar lo que costaron, ò lo que valen al tiempo de conferir, como lo resuelve el §. 23. de las Leyes, ù Ordenanzas de Portugal, que cita *Valasc. cap.* 13. *n.* 112. *y* 115. pues aunque en estos dominios no rigen como leyes, se deben estimar como autoridades; y à falta de ley patria, y del Derecho comun nos hemos de governar por las del Reyno inmediato, que deciden el caso dudoso, como mas adaptables à nuestras costumbres, segun sientan los Autores. (2)

108 La colacion de las mejoras se entiende de las *utiles*, que dán incremento à la alhaja, y no de las que el comprador, y sus succesores estuvieron obligados à hacer en cumplimiento del contrato enfiteutico: ni tampoco de las que no la dán mayor valor, y solo se hicieron para conservarla, y entregarla tan buena como la recibió, pues como necesarias debe hacerlas, y mantenerla en el mismo estado; (3) y asi de estas no se hace merito, porque no aumentan el caudal paterno, ni por consiguiente son colacionables, y sí unicamente de las utiles, que propia, y adequadamente se llaman mejoras.

109 Se entiende igualmente quando el hijo quiere ser heredero de su padre; pues si repudia la herencia, no esta-

(1) Regul. Locupletari de Regul jur. in 6. ley Si me, & Titium, ff. de Rebus credit. si cert. petat. y ley Domos hæreditarias, ff. de Legat. 1. & ibi Alex.

(2) Jason in leg. De quibus n. 6. ff. de Legib. Bursat. lib. 1. consil. 46. n. 3. Boer. decis. 293. n. 9.

(3) Leyes 1. y sig. ff. de Jure emphiteut. Valasc. ibi. n. 117. al 120.

tará obligado à colacionarlas. (1) Pero esto se limíta con arreglo à nuestro Derecho, en caso que excedan à su legitima, y mejora: en cuyo caso no solo deberá colacionarlas, sino restituir el exceso à los coherederos, considerando con ellas el valor que los bienes de su padre tengan al tiempo de su muerte, segun la ley 29. de Toro.

110 Si el padre no solo nombra al hijo, sino que en vida le entrega la alhaja enfiteutica, deberá colacionarla, aunque no hubiese sido comprada, ni mejorada: y la razon es, porque tanto disminuye de su patrimonio, quanto su hijo consigue del enfiteusi; y tanto mas se hallaria que dividir entre sus hijos, à no haberselo donado, y entregado. (2) Y si en vida se la entregó simplemente, y el hijo gozó sus frutos, pero no consta del titulo con que posee, deberá no obstante colacionarla, por evitar la desigualdad entre sus hermanos; (3) bien que segun la ley 26. de Toro se entenderá mejorado en ella en quanto quepa en el tercio, quinto, y legitima.

111 Al modo que el hijo debe colacionar al tiempo de la particion de los bienes de su padre el enfiteusi de *nominacion* comprado por éste, del mismo modo el nieto hijo de aquel, quando se efectúe la de los del suyo, porque versa la propia razon, pues à no haberlo comprado, hubiera dexado mas caudal, y su hijo tambien en otra cosa. Lo qual milíta, y procede, aunque el abuelo nombre al nieto, pues éste tendrá obligacion de colacionar el precio que costó. (4) Sobre todo lo qual vease à *Guerreir. de*

(1) Leyes penult. y ultim. ff. de Dotis collation.

(2) Bart. in leg. 1. §. Nec castrense n 4. ff. de Collation bonor. Jason in leg. penult. n. 4. Cod. de Collationib. Valasc. ibi. n. 126.

(3) Ley Ut liberis, Cod. de Collation. y ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. Valasc. ibi. n. 127. al 134.

(4) Valasc. ibi. n. 109. y 110.

de Divis. lib. 2. cap. 12. ex n. 53. al 69. que trata latamente de este enfiteusi.

112 Nombrando el enfiteuta à un extraño al goce de el enfiteusi mejorado, no deberá pagar éste las mejoras, porque es visto haberselo dado con ellas, y sí unicamente debolver el exceso à lo de que se le permite di poner, teniendo descendientes legitimos, que es del quinto; pero si antes tuviese donado éste à otro, y el nombrado quisiere la alhaja enfiteutica con las mejoras, deberá pagar su importe, no por razon de colacion, porque los extraños no colacionan, como he sentado en el num. 17. si no porque el donante no puede disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte en perjuicio de las legitimas de sus descendientes. (1)

113 Por lo concerniente al enfiteusi, ò censo perpetuo digo, que si el padre donó en vida à algun hijo, ò en dote à hija la alhaja enfiteutica, deben colacionarla de el mismo modo que si les hubiera dado otra qualquiera de su patrimonio, sin la mas leve diferencia, baxando su carga, ò pension; y la razon es, porque se conceptúa finca patrimonial, y de la herencia paterna, y como tal es divisible entre todos: y asi el que antes la reciba, debe traerla à particion con los coherederos, no mandando lo contrario el testador, ò no mejorandole tacita, ò expresamente en su importe. (2)

114 Y si el testador no dispuso en vida de la alhaja enfiteutica, y quando la tomó à enfiteusi fue con la obligacion de no poderse partir, ni dividir jamás, (como regularmente suele pactarse en este contrato) en este caso co-

(1) Valasc. ibi. n. 124. y 125.

(2) Bart. y Jason en la ley Ut liberis, Cod. de Collationib. y en la Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. Valasc. ibi. n 135. y 136. Cost. de Succes. Regn. pag 39.

como que la finca es parte de la herencia que dexó, se adjudicará à uno de sus hijos, baxando el importe de todo el gravamen enfiteutico, y si no le cupiere por su haber, deberá restituir el mayor valor à los coherederos, porque respecto no haberla donado en vida, ni legado en muerte, es visto que en nada de ella quiso mejorar al hijo à quien se aplicase, y que se practicase lo mismo que con otra qualquiera finca libre de su herencia: y asi se ha de dividir por estimacion, pues no hay colacion, ni motivo para ella. (1) De lo qual tratan latamente *Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 8. y otros que cita.*

§. III.

DE QUANTOS MODOS SE PUEDE hacer la colacion: à quién compete la accion de hacerla, y pedirla: à qué tiempo se ha de atender, para ver si la donacion es, ò no inoficiosa: por qué precio se han de colacionar los bienes donados; y si el que los colaciona, debe, ò no restituir sus frutos, repudiando la herencia.

115 TAN preciso es al buen Contador estar cerciorado del contexto de este parrafo, y tenerlo presente para evacuar con arreglo à Derecho las particiones, en que intervenga colacion, y no irrogar detrimento à los colacionantes, ni coherederos, como del de los

(1) Ayor. part. 2. quæst. 19. cap. 8. num. 30. y lib. 6. cap. 13. n. 63. Guerreir. de Divis. lib. 2. n. 19.

los anteriores. Y para que ya que en lo uno proceda legalmente, no cometa absurdos en lo otro, digo, que la colacion se puede hacer de varios modos: El primero, por *manifestacion*, que es trayendo, y manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe, y puede colacionarla. (1) El segundo, por *liberacion*, que es quando lo colacionable no se le entregó, y solo se le prometió. (2) Y el tercero, por *imputacion*, que es imputandole en su haber, y percibiendo de la herencia tanto menos, quanto importe lo que tenga recibido, y no puede manifestar, por no existir, ò por carecer de potestad para su manifestacion, como sucede en la dote, de que está posesionado el marido, pues su muger se halla imposibilitada de practicarlo. (3) Y este es el modo mas frequentemente usado.

116 Debe colacionarse (regularmente hablando) la misma cosa recibida, si existe, y no su estimacion, como lo dice la ley 1. ff. *de Collation. bonor.* ibi: *Bona sua in medium conferant, qui appetunt aliena*; y el §. *Jubet* de ella, ibi: *Bona propria contulerit*::: pues de no hacerlo, se puede irrogar perjuicio à los coherederos, si tienen aficion à la misma alhaja, y pretenden derecho à ella, porque por la colacion se constituye hereditaria, y como del patrimonio del difunto: (4) y no se debe dar al interesado contra su voluntad la estimacion de la alhaja por ella, (5) pues

(1) Ley 1. §. Jubet, ff. de Collation. bonor. y ley Filiæ dotem, Cod. de Collationib. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. n. 1. al 4. Valasc. de Partition. cap. 14. n. 1.

(2) Ley 2. Cod. de Collation. y ley 1. §. Filiam, ff. de Dotis, collation. Valasc. y Guerreir. ibi.

(3) Ley Dotis quidem petitio, Cod. de Collation. y dicho §. Jubet, vers. Sed, & si tantum. Gom. en la ley 29. de Toro n. 36. Castill. en ella n. 17.

(4) Ley Illam al fin, Cod. de Collationib.

(5) Ley 2. §. Mutui, ff de Rebus credit. si cert. petat. Valasc. dicho cap. 14. n. 2. y 3.

pues de permitirse esto, cesaria la razon de equidad, que fue el motivo principal de establecerse la colacion.

117 Lo qual se limíta: Lo primero, quando los interesados se convienen en que se colacione la estimacion; pues como la colacion se introduxo principalmente por evitarles perjuicio, y para que fuesen igualados en sus legitimas, cesa el motivo con su convenio. Lo segundo, quando no se puede colacionar sino con dificultad, ò de ningun modo. (1) Lo tercero, quando la cosa es tal, que no la tienen aficion los hermanos; ò en los libros de los Escolares por el privilegio de la ciencia, excepto que el padre mande expresamente que los colacionen. (2) Y lo quarto, en la dote mientras subsiste el matrimonio, pues basta conferir la estimacion de las cosas dotales, y no hay obligacion de manifestarlas, (3) como dexo advertido.

118 La accion de colacionar, y pedir la colacion no solo compete à aquel, à quien se ha de colacionar, sino à su heredero, de tal suerte, que este puede pretender que el coheredero colacione, asi como podia pretenderlo él del difunto, cuyos bienes se han de dividir; y compete tambien contra el del que está obligado à hacer la colacion, por lo que éste derecho pasa activa, y pasivamente al heredero, y contra el heredero. Y la razon (entre otras que aducen los Autores) es, porque por la persona del heredero no se muda la condicion de la obligacion; y al modo que la herencia se transmite, del propio modo su

(1) Ley Non amplius, §. fin. ff. de Legat. 1. y ley Non dubium, §. fin. ff. de Legat. 3. Curt. Junior in leg. 2. y §. Mutui cit.

(2) Valasc. dicho cap. 14. n. 7. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 13. n. 21. al 24.

(3) Ley Dotis quidem petitio cit. & ibi. Bart. y Detio n. 2. Alex. in leg. Pomponius, §. In dotem, n. 4. ff. de Adquirend. possession. Valasc. cap. 14. cit. n. 5.

su derecho, y qualidad. (1) Previniendo, que puede intentarse, implorando el oficio del Juez; (2) ò por la accion de estipulacion, si ésta intervino de que se habia de hacer la colacion. (3)

119 En quanto al tiempo à que se debe atender para ver si la dote, y donacion son inoficiosas, por qué precio se ha de regular, y colacionar la cosa donada existente, y quándo se puede apartar de la herencia el donatario, para la debida claridad, è instruccion del Contador insertaré, y explicaré la ley 29. de Toro, que es la 3. tit. 8. lib. 5. Recop. y dice: *Quando algun hijo, ò hija viniere à heredar, ò partir los bienes de su padre, ò de su madre, ò de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos à traer à colacion, y particion la dote, y donacion* propter nuptias, *y las otras donaciones que oviere recibido de aquel, cuyos bienes vienen à heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote, ò donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos, y descendientes en lo que toca à las donaciones, como las hijas, y sus maridos en lo que toca à las dotes, (puesto que sea durante el matrimonio) à tornar à los otros herederos dei testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire à lo que excede de su legitima, y tercio, y quinto de mejoría, en caso que el que la dió po-*

(1) Ley 1. §. Ibidem, y ley 2. ff. de Collation. bonor. y ley 2. §. Ex his, ff. de Verbor. obligation. Castillo en la 29. de Toro n. 9. Gom. en ella n. 37.

(2) Ley Si soror, & ibi. DD. Cod. de Collationib. Castill. ibi. n. 2. al fin.

(3) Bart. in leg. Pater filium, col. fin. n. 9. ff. de Dotis collation. Valasc. dicho cap. 14. n. 8. al 12.

podia hacer la dicha mejoría quando hizo la donacion, ò dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ò prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida, ò mandada, ò al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ò la prometió, dó mas quisiere escoger aquel à quien fue la dicha dote prometida, ò mandada. Pero las otras donaciones que se dieren à los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas, se haya consideracion à lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.

120 Por esta ley se ordena, que se colacionen no solo la dote, y donacion *propter nuptias*, sino tambien las demás donaciones que los descendientes hubieren recibido de sus ascendientes, cuyos bienes ván à heredar: (que son las que les hacen expresamente en cuenta de sus legitimas) que los descendientes à quienes se hubieren hecho, puedan contentarse con ellas, y apartarse, y repudiar su herencia, excepto que sean inoficiosas; (que es quando exceden del tercio, quinto, y legitima que les podia tocar) pues entonces deben restituir el exceso à los coherederos: que para que las donaciones se llamen inoficiosas, se tenga consideracion al valor de los bienes del donante al tiempo de su muerte, y no à otro, ya se aumenten, ò disminuyan sus facultades despues de hechas; (1) y la razon es, porque el tercio, y quinto se llaman quo-

(1) Ley Cum quæritur, y Authent. Novissima, Cod. de Inoffic. testam. ley Scimus, §. Repletionem, ff. eod tit. ley Etiam, 3. §. fin. ff. de Bonis libertor. ley final, ff. Si quis in fraudem patron. Authent. de Nuptiis, cap. Quia vero hactenus collat. 4. Gom. en la ley 29. de Toro n. 35. Matienz. en la 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. fin.

quota de bienes, (1) al modo que la legitima; (2) y asi como en esta se atiende al mismo tiempo, porque hasta entonces no se debe à los hijos, asi tambien para el tercio, y quinto se ha de observar lo propio: y que en quanto à la dote se atienda à uno de dos tiempos, que es al referido, ò à el en que fue dada, ò prometida, à eleccion de la dotada, ò de su marido. Esto es lo que dispone la ley inserta; pero en lo tocante à la dote está corregida por la Pragmatica de Madrid, y asi ni las hijas pueden ser mejoradas en cosa alguna, aunque sea en muchisimo menos que el tercio, y quinto, ni por consiguiente tienen la eleccion que les concede, excepto en el caso que explicaré en el num. 147. por lo que se debe atender tambien al tiempo de la muerte del dotante como en las otras donaciones, y no à otro, segun he sentado en el capitulo de Mejoras nums. 87. y 88. por no deber percibir mas que su legitima, sino que sean mejoradas en ultima disposicion. Del modo de hacer la colacion, y deduccion, ya haya, ò no mejora expresa, ò tacita anterior, ò posterior à la dote, y donacion, trataré en el parrafo siguiente.

121 Por lo concerniente à por qué estimacion, precio, ò valor se deben colacionar los bienes donados, ò dados en dote por el ascendiente à sus hijos, ò descendientes, ya existan, ò no, para la perfecta inteligencia, y evitar dudas al Contador lego principiante, es preciso distinguir no solo de bienes, sino de casos; y en su exposi-

(1) Ley Non amplius, §. Cum bonorum, y ley Si quis bonorum, ff. de Legat. 1. y ley Si quis argentum, §. Sed, & si quis, Cod. de Donation.

(2) Ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inofficios. testam. y ley Quoties, Cod. de Hæredib. instituend. & ibi. Bart. Tell. en la 23. de Toro n. 2. Matienz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 1. y 2.

sicion digo, que si el fundo, ò finca raiz dado en dote, ò en donacion *propter nuptias* se hizo mas precioso por la mutacion del tiempo, de modo que el mayor valor que adquirió fue solamente por él, y no por industria, ni trabajo del donatario, y quando éste lo recibió no fue apreciado, ò si se apreció no causó venta la estimacion que se le dió, (pues una cosa es dar cantidad cierta, v. g. mil reales en tal fundo, y otra dar tal fundo en mil reales: porque en el primer caso, lo que se dá no es la alhaja, sino el dinero consignado en ella; y en el segundo se dá la alhaja por aquel precio, y no éste) la ha de colacionar, y llevar por el que se le dé quando la confiera, y por él se ha de inventariar: y por el contrario, si con el mismo tiempo, y no por dolo, ni culpa suya se hubiere deteriorado, y disminuido su valor, la colacionará tambien por el que tenga al de la colacion; (1) pues quien está à la utilidad, debe estar à la pérdida, como dice el Derecho, (2) y de colacionarlo en la forma expuesta no resulta desigualdad, ni se irroga perjuicio à los herederos, porque la hija puede pedir el aumento de su legitima quando su padre muera, si los bienes que dexó lo tuvieron, como que para regular el valor de ésta se debe atender al tiempo de su muerte; (3) y asi como puede pedirlo si se aumentaron con el tiempo, asi es justo tambien que colacione en cuenta de su legitima el mayor valor del fundo, ad-

(1) Paul. de Castr. in leg. Illud, Cod. de Collationib. Socin. consil. 64. vol. 1. Morquech. lib. 4. cap. 10. n. 1. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. Partid. 6. glos. 6. Hermosill. en la ley 3 tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 94. Valasc. de Partition. cap. 10. n. 9. Guerreir. dicho lib. 2. cap. 13. ex n. 30. al 35.

(2) Ley Secundum naturam, ff. de Regul. juris, ley 29. tit. 34. Partid. 7. y cap. Qui sentit, y cap. Rationi, de Regul. jur. in 6.

(3) Ley Cum quæritur, Cod. de Inofficios. testam. y ley Papinianus, §. Quarta autem cit.

adquirido por solo el tiempo. Y si por el contrario se disminuyere éste, y acrecieren los bienes de su padre, lexos de irrogarsele detrimento, logrará beneficio en conferirlo por el precio que se le dé. Lo mismo procede para con el hijo, à quien el padre donó en cuenta de su legitima algun fundo, ò cosa raiz no apreciada. (1)

122 Si se le dió el fundo apreciado con estimacion que causó venta, aunque ninguna ley prescribe en qué terminos se ha de colacionar, y algunos Autores dicen, que siempre se juzga dado con la condicion de colacionarlo al tiempo de la muerte del donante; por lo que siendo condicional la estimacion, no causa, ni hace venta: no obstante, siguiendo lo que ordenan las que tratan acerca de la restitucion de la dote, que debe hacer el marido, y el dictamen de los que madura, y juiciosamente tocaron el punto, digo, que debe colacionarlo por el valor en que se estimó quando lo recibió, si entonces no se pactó otra cosa: Lo primero, porque por el hecho de haberse valuado, es visto habersele dado el precio consignado en él, y capitulado entre los contrayentes, que habia de colacionar su estimacion, por haberla recibido en cuenta de su legitima, y no el fundo, y que por lo propio, el peligro que hubiese en éste, habia de pertenecer al donatario, ò dotada, y no à su padre, à la manera que el incremento de su valor, si lo tuviese. Y lo segundo, porque se le transfirió su dominio: (2) por lo que si el padre hiciese mejora posterior, no se deducirá de su importe, segun la ley

(1) Morquech. dicho cap. 10. n. 1. al 11. lib. 4. Guerreir. dicho cap. 13. n. 33. y 34.

(2) Ley Quotiens, y ley Si inter virum, Cod. de Jure dotium, y ley Plerumque, ff. eod. tit, Gom. en la 29. de Toro n. 13. y en la 50. n. 44. Morquech. dicho n. 11. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 13. ex n. 39. al 42. Ayor. part. 1. cap. 10. n. 9. Angul. en la ley 7. tit. 6. glos. 2. n. 36.

ley 25. de Toro, como en su lugar diré.

123 Y al modo que quando por la tasa se dá *insolutum* al acreedor algun fundo de su deudor, se le transfiere su dominio, y el incremento, ò decremento que despues tenga, pertenece à aquel, y queda libre éste: (1) del mismo modo, y por la propia razon debe pertenecer al hijo, ò hija el del que se le dona, ò dá estimado en dote, porque su padre se lo anticipa en pago de su legitima, como se le permite, sin embargo de no estar obligado à ello, sino quiere, aunque sí à dotarla segun sus facultades.

124 Pero si el fundo se hizo mas precioso por la mera industria, y trabajo del hijo, ò hija; v. g. estaba erial, y despues que lo recibió lo plantó de viña, olivos, &c. entonces si se le dió estimado, colacionará la estimacion que tenia al tiempo que su padre se lo donó, y no el fundo: y si inestimado, colacionará el mismo fundo por el precio que sin el beneficio que tenga, se le dé, y no el importe de éste, porque es adventicio, y extrinseco, y como trabajo, y sudor suyo le toca privativamente, pues lo contrario sería inicuo, (2) porque à todos está prohibido enriquecerse con detrimento de tercero.

125 Siendo muebles, ò semovientes los bienes, ò de los que reciben la funcion en su mismo genero, por consistir en numero, peso, ò medida, si se apreciaron al tiempo de su tradicion, es visto haberse entregado su estimacion, y no los mismos bienes al donatario: y asi debe colacionar su importe, è inventariarse, aunque si existen

(1) Ley Elegantes, ff. de Pignoratic. action. y ley Necessario, ff de Pericul & commod. rei vendit. Guerreir. ibi. n. 27. y 28.

(2) Morquecho dicho cap. 10. n. 14. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 15. Partid. 6. glos. 6. Socino consil. 64 col. 1. vers. Octava conclusio. Guerreir. dicho cap. 13. n. 36. al 58.

ten al tiempo de la colacion en el mismo estado en que los recibió, valgan menos: y la razon es, porque quien está à la utilidad debe estar à la pérdida; y respecto habersele transferido su dominio, es de su cuenta el incremento, ò decremento que padezcan. Y no habiendose estimado, los colacionará por el valor, que segun se hallen, se les dé al tiempo de la particion, porque en este caso se presumen ser del difunto, y existir en su herencia, por no haberse transferido su dominio al donatario: y asi se han de valuar como tales del mismo modo que los demás de la herencia. (1) Todo lo qual es lo que se debe observar, no obstante lo que expone *Ayor. part.* 1. *cap.* 3. desde el num. 11. al 19. impugnando los Autores, que lo resuelven en los terminos propuestos.

126 Si los bienes dados en dote, ò donados sin aprecio perecieron despues de la muerte del donante sin dolo, ni culpa del donatario, no deben estimarse, porque no pertenecen à la colacion, pues en virtud de la obligacion de colacionarlos, se entiende haber existido en poder del padre, y que en el instante que falleció, empezaron à ser comunes de la herencia, y asi es justo que para ésta perezcan, y no se colacionen: (2) al modo que la sierva de la herencia, que perece, la qual no se estima, ni valúa, y solo su parto, si lo hay, viene al juicio divisorio. (3)

Si

(1) Castill. en la ley 29. de Toro n. 41. Morquech. ibi. n. 12. y 13. Valasc. cap. 10. n. 9. al 11. de Partition.

(2) Ley 2. §. De illis quæ sine culpa, ff. de Collation. bonorum. Bart. Bald. y Alex. en la Si cum dotem, §. 1. ff. Solut. matrimon. Valasc. dicho cap. 10. n. 12. y 13. Aflict. decis. 247. Morquech. dicho cap. 10. n. 5. Hermosill. en la ley 3. tit. 4. Partid. 5. g'os. 6. cit. n. 68. Guerreir. lib. 2. de Divis. y cap. 12. n. 200. Ayor. part. 1. cap. 3. n. 22.

(3) Ley Sed, & partus, ff. Familiæ erciscund.

127 Si perecen por culpa, ò dolo del hijo, ò hija despues de muerto su padre, estarán obligados à colacionarlos (como si no hubieran perecido) por el valor que tenian quando los recibieron: (1) porque el que por dolo, ò culpa suya dexa de poseer, se estima por poseedor, como si poseyera: (2) y al modo que si existieran en su poder los colacionaria por el valor que tenian al tiempo de su percibo, del mismo modo debe colacionarlos no existiendo, respecto tener culpa en que no existan. Por lo que si el hijo por su irregular conducta, y falta de sinderesis consume la legitima que su padre le dió, no le compete el mas leve regreso contra los bienes de éste: (3) y la razon es, porque el padre pudo hacerlo, (4) y el hijo, que consintio, se perjudicó. (5)

128 Pero si los referidos bienes no estimados perecieron en vida del padre sin dolo, ni culpa del hijo, ò hija, no los colacionarán estos, ni dexarán por eso de ser admitidos à la herencia con igualdad à los demás herederos: y la razon es, porque si quando son comunes de esta por la colacion, y por consiguiente conferibles, no la pertenecen, con superior motivo no la pertenecerán, quando perecieron, y se consumieron en vida del padre, en cuyo tiempo eran del hijo, y no podia verificarse llega-

(1) Authent Quod locum, Cod. de Collation. arg. à contrario sensu in §. De illis cit Valasc. dicho n. 13. Hermosill ibi. n. 61. y 66. Baez. de Non meliorand. filib. cap. 16. n. 17. al 21. Guerreir. dicho cap. 12. n. 201.

(2) Ley Qui dolo, ff. de Regul. jur. ley De illo, ff. de Noxalib. action. ley Qui restituere, vers. Siquidem dolo fecit, y ley Is qui dolo, ff. de Rei vindication.

(3) Authent. Quod locum cit. Bart. Paulo, y Alex. en la ley Si cum dotem cit. Parlador. different. 150. §. 2. n. 5. y 6

(4) Ley Cum quo, §. fin. ff. ad leg. Falcid.

(5) Ley Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inofficios. testam. Hermosill. ibi. n. 65.

gasen à ser de la misma herencia ; (1) y asi se entenderá mejorado en ellos, ò que no los hubo. Acerca de lo qual, y de si el padre está, ò no obligado à dotar segunda vez à la hija que perdió por su culpa, ò sin ella la primera dote, ya excedan, ò no ambas de lo que la ley permite, vease à *Baeza de Non meliorand. filiab. cap.* 16. que lo trata latamente.

129 No está obligado el hijo, ò descendiente, que repudia la herencia de su ascendiente, à colacionar lo que en vida recibió de éste, antes bien puede retenerlo, y si se le prometió, y no entregó, pedirlo. (2) Lo qual se entiende, quando la donacion no es inoficiosa: quiero decir, quando no toca à la legitima diminuta de los demás hijos, pues si se la desfalca en algo, porque excede de la que corresponde al donatario, y del tercio, y quinto, en que se entiende mejorado, es ineficáz en el exceso, y por lo mismo, aunque se abstenga de la herencia, ò la renuncie, debe restituirlo à los coherederos, (3) como sentè en el num. 120.

130 No solo debe la hija (disuelto el matrimonio) hacer restitucion del exceso de la dote, que desde el tiempo de su constitucion fue inoficiosa, segun expuse en los nums. 9. y 13. si no tambien constante éste, si se lo demanda su padre: Lo primero, porque la ley 29. de To-

(1) Valasc. dicho n. 13. vers. Quod si res datæ in dotem. Morquech. ibi. Bart. Bald. y Alex. en la ley Si cum dotem cit. Jason en la Authent. Quod locum cit. n. 9. Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 7. ex n. 7. al 10. Hermosill. ibi. n. 69. y 70. Baez. ibi. n. 22. al 24.

(2) Ley final, ff. de Dotis collation. ley 2. §. Si tres emancipati, ff. de Collation. bonor. y ley Ex causa donationis, Cod. Familiæ erciscund. Gom. en la 29. de Toro n. 32.

(3) Leyes del tit. Cod. de Inofficios. donationib. ley 4. tit. 15. Partid. 6. leyes 26. y 29. de Toro, y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testam.

Toro lo ordena asi, ibi: *Puesto que sea durante el matrimonio*::: Lo segundo, porque los textos que preceptúan la restitucion, hablan indistinta, y absolutamente, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir. (1) Y lo tercero, porque la hija no puede ser mejorada, ni se entiende serlo tacita, ni expresamente en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, segun la ley 1. tit. 2. lib. 5. y Auto 4. cap. 24. tit. 12. lib. 7. Recop. que en esta parte corrigen la 29. de Toro; y por otras razones que aducen los Autores, (2) à quienes, y especialmente à *Baeza* en el cap. 32. podrá ver el aplicado, pues lo trata con extension, asi ácia el padre, como ácia los hermanos de la dotada.

131 Aceptando, ò repudiando la herencia la hija, à quien su padre dió dote en vida, se duda, ¿si mediante deberla colacionar, deberá ser con los frutos que la finca dotal produxo? Y parece que sí, entendiendose desde la mora, que es desde la muerte del dotante, desde la qual hasta el tiempo de la particion vienen los frutos. (3) Y la razon es, porque quando la finca dada en dote se colaciona, se conceptúa existir entre los bienes paternos, ò maternos, que se ván à dividir; por lo que al modo que estos vienen à la particion con sus frutos desde el fallecimiento del padre, ò madre, y con ellos recibe incremento la herencia, (4) del mismo modo deberá venir con frutos la dote, que se colaciona, porque por la colacion se cons-

(1) Ley De prætio, ff. de Publician.

(2) Gom. en la ley 29. de Toro n. 34. Matienz. en la 1. tit. 2. glos. 4. n. 7. y en la 3. tit. 8. glos. 5. n. 3. lib. 5. Recop. Angul. en dicha ley 10. glos. 9. n. 4. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 32. n. 1. al 13. Ayor. part. 2. quæst. 20. n. 64. y 65.

(3) Ley Filius al fin, ff. de Dotis collation. Bald. in leg. Si sor ror, Cod. de Collationib.

(4) Ley Non est ambiguum 9. Cod. Familiæ ercircundæ, ibi. *Incremento fructuum augeri*:::

constituye de los bienes hereditarios, y como existente en ellos. (1) Lo qual militará, aunque antes de hacer la colacion estén consumidos con buena fé; (2) con tal que la hija posea la finca dada en dote al tiempo de la muerte del dotante, y quiera ser su heredera, pues si no la posee, y repudia la herencia, no estará obligada à colacionarlos. (3)

132 Pero sin embargo, se circunscribe, y limíta solamente esta colacion, y restitucion de frutos à lo inoficioso, que es à lo que produxo el exceso de la dote desde la muerte del dotante: y si consistió en dinero, à sus usuras, ò intereses, desde que se la interpeló, y pidieron; por lo que la hija restituirá los correspondientes à aquella parte que tenia demás de su legitima: pues como que debe restituirla à los coherederos, por no haber podido ser mejorada en contrato entre vivos, y antes bien sido nulo, è ineficáz en esta parte el dotal desde su constitucion, ha de ser con los frutos producidos desde la muerte del dotante; (al modo que segun elegantemente dixo el Jurisconsulto Papiniano, (4) deben colacionar los coherederos los que percibieron desde esta, y no antes) pero del importe de su legitima no, porque desde que se le entregó la hizo suya, y por consiguiente, los frutos que produxo, no obstante habersele anticipado, pues pudieron hacer esto su padre, y madre: y la colacion en caso de haber exceso, es para igualarse, y no para otro efecto. A mas,

(1) Ley Illam, Cod. de Collationib. Parlador. Different. final, §. 3. num. 9. Gamm. decis. 308. y 309. n. 11.

(2) Bald. in leg. Non est novum, Cod. Familiæ erciscund.

(3) Valasc. de Partition. cap. 13. ex n. 14. al 21.

(4) Ley Filius emancipatus, §. ultim. ff. de Dotis collation. y ley Si quis filium, §. Stipulatio, ff. de Collation. honor. Guerreir. dicho lib. 2. y cap. 12. n. 78.

mas de que los frutos no aumentan la cosa donada, ni aun quando ésta se revoque, se revocan, excepto en la donacion *causa mortis*, porque es titulo de su naturaleza revocable, segun he sentado en el cap. 2. de este libro §. 4. num. 131. y como hasta que hizo la colacion no se supo si la dote era, ò no inoficiosa, se constituyó la hija poseedora de buena fé de todo, y como tal hizo suyos no solo los de la verdadera dote, ò legitima, sino los del exceso. (1)

133 Lo qual entiendo, à menos que el dotante revoque en vida (como puede) el exceso de la dote, y haga saber à su hija, è yerno la revocacion, pues en este caso concibo que desde su notoriedad deberán restituir los frutos de lo inoficioso, porque à mas de ser nulo el contrato dotal en el exceso desde su constitucion, y por constarles su revocacion, y nulidad, no poder alegar ignorancia, se constituyen poseedores de mala fé, y el que posee de esta suerte, no hace suyos los frutos, por lo que debe restituirlos. (2)

134 Por lo tocante à si el hijo deberá restituir los frutos de lo que le han donado, y entregado en vida sus padres, se ha de distinguir: si esto excede à su legitima, y mejora, deberá hacer restitucion del exceso desde que se le interpeló, è hizo saber la inoficiosidad, desde cuyo tiempo se constituyó poseedor de mala fé, y no antes, por no haber sido nulo el contrato desde el principio, como

(1) Jason in leg. Cum quis n. 2. ff. de Condit. caus. dat. Segur. in leg. 1. §. Si vir uxori, conclus. 3. ff. de Adquirend. posses. glos. in leg. Generaliter, §. Plane, verb. Ex aliqua causa al fin, ff. de Fideicommissar. libertat. Valasc. de Partition. cap. 15. n. 87. y 88. Sr. Covar. lib. 1. Variar. cap. 3. n. 8. vers. Potest etiam. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 33. n. 1. al 12. y n. fin. Guerreir. dicho cap. 12. n. 79. al 82.

(2) Matienz. en la ley 3. tit. 8. lib. 5. glos. 7. n. 6. y 7. Baez. ibi.

mo en el exceso de la dote; pues para ver si la donacion es, ò no inoficiosa, se debe atender al tiempo de la muerte del que la hace, hasta la qual se ignora: y como se revoca por la querella de inoficiosidad con pretesto de lesion en la legitima, esta no se debe hasta que el padre fallece: (1) la accion de querella no está concedida al padre, sino à los hijos, que alegan ser lesos con la donacion, y à estos no compete mientras vive aquel: (2) por eso se ha de esperar su muerte para revocarla, y desde entonces, y no antes se deberán los frutos de lo inoficioso. (3) Lo qual milita, y procede, ya acepte, ò repudie la herencia, porque nunca puede llevar mas que su legitima, y mejora. Pero si no hay exceso, hizo suyos todos los frutos percibidos mientras vivió, y despues que murió el donante, como poseedor legitimo de lo que la ley permite, y su padre pudo darle.

SI

(1) Ley 1. §. Si impuberi, ff. de Collation. bonor.

(2) Leyes 1. y fin. Cod. de Inofficios. donationib.

(3) Glos. in dict. leg. Generaliter, §. Proinde, ff. de Fideicommissar. libert. Segur. in dict. leg. 1. §. Si vir uxori, col. 26. vers. Tertio, y vers. Quarta erit, ff. de Acquirend. posses. Angul. en la ley 1. glos. 12. n. 13. y en la 7. glos. 4. n. 12. al 14.

§. IV.

SI DE LOS BIENES QUE LOS DESCENDIENTES recibieron en vida de sus ascendientes, y por su muerte han de colacionar; y de la quarta marital se deberán, ò no deducir las mejoras hechas, y entregadas, ò no à ellos mismos, ò à otros mejorados antes, ò despues de la tradicion de los bienes colacionables.

135 IMperfecto quedaria el presente capitulo, y lleno de confusion, y expuesto à incidir en clasicos errores el Contador lego principiante si dexase sepultada en el abismo del silencio la materia de este parrafo, no menos ardua, escabrosa, y necesaria que las de los tres precedentes, por la diversidad de interpretaciones que los Autores dán à las leyes que en el asunto versan; por lo que para evitar que por falta de instruccion irrogue perjuicios à los interesados, paso à explicar por complemento del tratado de Colaciones: Lo primero, si de los bienes que los ascendientes donan en vida, y entregan à alguno, ò algunos de sus legitimos descendientes, y estos por su muerte traen à colacion, y particion con los coherederos, se deberá, ò no deducir el importe de la mejora, ò donacion que hacen à los mismos donatarios, ò mejorados colacionantes, ò à alguno, ò algunos de los que en vida nada recibieron. Y lo segundo, si en la computacion para deducir la mejora se ha de incluir, ò no la quarta marital; pues en hacerlo de un modo, ò de

de otro hay notable diferencia, que puede redundar en gravisimo detrimento suyo.

136 Pero antes de proceder à la explicacion de los dos puntos referidos, debo prevenir al Contador, que para girar la cuenta con justificacion ha de tener presentes las cinco reglas siguientes: La primera, que los ascendientes pueden mejorar expresamente en vida, y muerte à alguno, ò algunos de sus legitimos descendientes con causa, y sin ella, y por contrato entre vivos revocable, ò irrevocable, y entregarles, ò no el todo de la mejora, segun expuse con legal apoyo en el capitulo anterior: ò parte en vida, y parte en muerte; pero la mejora no puede ser mas que una en ambos tiempos, ya sean uno, ò muchos los mejorados, y asi se ha de dividir entre todos igualmente, ò à proporcion de la voluntad tacita, ò expresa del mejorante, pues de lo contrario se defraudarian las legitimas de los que no fuesen mejorados, lo qual resiste el Derecho.

137 La segunda, que pueden hacerles donacion durante su vida en uno de dos conceptos: ò expresando que es à cuenta de su legitima, y entonces no se entienden mejorados en el importe de lo donado, por lo que deberán colacionarlo como tal, y se les imputará en ella, para igualarse en todo con los coherederos, à cuyo fin se unirá al cúmulo de los bienes inventariados partibles, y si resultase tener recibido mas que lo que por ella les toque, lo restituirán, porque no fueron mejorados: si menos, se les dará el resto: y si cubre solamente la legitima, ni tendrán que tomar, ni que restituir; ò sin expresar à cuenta de qué se la hacen, y en este caso no verificandose alguna de las causas referidas en el num. 97. se conceptuará donacion simple, y al donatario, ò donatarios por mejorados tacitamente en la cantidad à que as-

cienda, la qual se les ha de contar como mejora, para que si el donante hizo posteriormente otra expresa, respecto no haber podido estenderse, ni hacerla en mas de lo que importase la de los bienes entregados, unidos con los que dexó por su muerte, se entienda parte del total de ella la donacion, y el mejorado expresamente no lleve mas que el residuo, como lo manda la ley 26. de Toro; por lo que no habiendo mejora posterior à la donacion, si ésta excede al tercio, quinto, y legitima, que le debe tocar, se revocará en el exceso como inoficioso, (1) y deberá restituirlo à los coherederos. Si no completa el total del tercio, y quinto de los bienes del testador, se deberá contentar el donatario con lo donado, porque es visto que el testador en nada mas quiso mejorarle. Si lo completa solamente, lo llevará como mejora. Si excede en algo al importe de ésta, se le aplicará el exceso en parte de pago de su legitima. Y si alcanza para ésta, y para la mejora, y no mas, se le dexará en pago de ambas, y nada tendrá que recibir; pero en todos estos casos se debe hacer la cuenta, y deduccion en la forma, y por el orden expuesto en el num. 99. y no en otra.

138 La tercera, que para la computacion de la mejora, ya sea del tercio, ò del quinto separados, ò de ambos juntos, se ha de considerar siempre el valor de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, (que es quando se debe la legitima) por la razon que expuse en el numero 120. y porque asi lo ordenan las leyes 19. y 23. de Toro, y no al en que hizo la donacion, ò mejora; quiero decir, que si quando la hizo, tenia muchos bienes; y quando fallece, dexa pocos, ò al contrario, no se ha de aten-

(1) Ley Si totas 5. y ley Si mater 7. Cod. de Inofficios. donation.

atender, para deducirla, à lo que valian al tiempo de su constitucion, sino al de su fallecimiento; por lo que si considerados, y cumulados los bienes donados con los inventariados, resulta inoficiosidad, ya sea en lo que corresponde al mejorado por su mejora, y legitima, ò al que no lo es, por esta sola, debe restituir el exceso à los coherederos, los quales à pretexto de que el testador tenia bienes mas quantiosos quando la hizo, ò entregó, no deben ser gravados en la legitima larga, ò completa, que por Derecho les compete quando no hay mejora, ni en la diminuta, ò corta, y necesaria, en caso que la haya, ni tampoco el mejorado en su mejora, si el mejorante tenia pocos bienes quando la hizo, y al tiempo de su muerte tiene muchos; y asi siempre se ha de mirar lo que valen al de ésta solamente, ya haya entregado algo, ò nada à cuenta, porque las leyes no conceden eleccion de tiempos à unos, ni à otros, para evitarles perjuicio.

139 La quarta, que la colacion se hace para uno de dos efectos, ò para igualarse todos los herederos, quando lo que se colaciona, se dió, y entregó expresamente en cuenta de legitima, ò en este concepto se entiende dado, como la dote, y donacion causal necesaria, ò coactiva, que se deben imputar en ella: (1) (y esta es la propia, y verdadera colacion, de que tratan las leyes) ò para deducir mejora de los bienes del difunto, quando à cuenta de ella siendo expresa, dió algo en vida al mejorado, ò le hizo donacion simple, que se entiende mejora tacita, y no se imputa en legitima, y asi se llama impropiamente colacion, porque no sirve para igualar à los herederos, que es uno de los fines, y el principal, por que se introduxo, si-

(1) Ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. ley. Ut liberis, Cod. de Collationib. y ley 4. tit. 15. Partid. 6.

sino meramente para ver si cabe, ò no en el tercio, y quinto, de que en vida, y muerte pudo disponer; por lo que segun sea lo donado se ha de cumular: si es à cuenta de legitima, y no hay mejora, al total liquido partible, para que todos los partícipes en la herencia queden igualados; si hay mejora posterior, al residuo, despues de sacada ésta solamente de los bienes inventariados; si fue dado en vida à cuenta de mejora expresa, ò se estima tacita, à dicho total liquido, para ver si es, ò no excesiva à la cantidad, à que puede estenderse el testador en vida, y muerte; y si hay mejora tacita, y tambien expresa, al mismo total, respecto principiar en vida, y concluir en muerte su voluntad, y disposicion, como pudo segun la permision de las leyes. Pero es de advertir, que aunque el colacionante haya recibido lo que se le entregó en cuenta de ambas legitimas, y por haber muerto su padre solo, ò su madre, no se le deba imputar, y cargar en pago mas que la mitad, porque la otra mitad se queda en su poder, para colacionarla quando fallezca el superstite, siendo dado de los gananciales, segun expuse en el cap. 4. §. 5. num. 107. al 109. del lib. 1. de este tratado; pero todo lo que recibió, se debe tener por mas caudal de la testamentaría del primero, para ver qué gananciales hay, y no perjudicar al superstite: y quando fallezca éste, se tendrá solamente por suyo lo que el colacionante tenga tomado à cuenta, y haya quedado en su poder.

140 Y la quinta, que al modo que quando no hay mejora tacita, ni expresa, se colaciona el valor de los bienes recibidos por cuenta de legitima, y se agrega verbal, y numericamente al cúmulo de los inventariados para igualar en el todo de unos, y otros à los herederos, que nada recibieron en vida de su ascendiente, porque para este efecto, con este fin, è intencion, y en este concep-

to los donó al coheredero, ò dotada, y estos los recibieron: (1) del mismo modo se debe cumular, ò agregar quando la hay tacita, ò expresa, sin haber precedido dote, ni donacion, para que ni el mejorado lleve mas que lo que como tal le corresponde en vida, y muerte, ni sea perjudicado, ni tampoco los coherederos, porque el testador los entregó en el propio concepto, para este efecto, y con esta intencion, y obligacion, y por esto se gradúan como existentes en poder del ascendiente; pero si precedieron à la mejora alguna dote, ò donacion *propter nuptias*, ù otra que el testador entregó à cuenta de legitima, no se han de cumular al total globo de la herencia, para deducirla de ellas, y que sea mas quantiosa, porque la ley 25. de Toro prohibe que se saque de las dotes, y donaciones precedentes colacionables, segun diré en el num. 142; y asi lo que en este caso se debe practicar, es, deducir primero la mejora no entregada de solos los bienes inventariados partibles, y despues de separada, unir el importe de la dote, ò donacion al residuo de ellos, como que todos son de la clase, y naturaleza de legitima; y hecho todo esto un cuerpo, dividirlo como legitima entre todos los herederos, aplicando à la dotada, ò donatario en vacío, ò entrada por salida lo que tiene recibido, y dandole lo que le falte al complemento de su haber. Y si la mejora, ò parte de ella se entregó, se ha de unir à los bienes inventariados su importe, y deducido su total, agregar al resto la dote, y donaciones colacionables, y luego dividirlo todo como legitima en la forma expuesta.

141 Sentadas como indispensables estas cinco reglas, ò

(1) Authent. Unde si parens, Cod. de Inoffic. testam. & ibi. DD. Corn. consil. 190. col penult. vers. Tamen in contrarium, vol. 2. Hermosill. en dicha ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 79. y 80.

ò advertencias para la clara inteligencia del modo de deducir las mejoras, segun los casos ocurran, digo, que por Derecho antiguo (1) se permitia sacarlas, ò deducirlas de los bienes que los descendientes colacionaban, porque por la colacion se contemplaban como existentes en el patrimonio del difunto: y como si nunca hubieran salido de éste, se constituían hereditarios, al modo que los que tenia en su poder: y por el hecho de estar obligados los colacionantes à hacer la colacion, y colacionarlos, no se entendian mejorados en el exceso de lo que por sus legitimas les correspondia, y asi debian restituirlos à los coherederos, no mandando lo contrario sus ascendientes, ò donantes.

142 Pero por nuestro Derecho Real está prohibida esta exaccion, y restitucion, segun lo ordena la ley 25. de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *El tercio, y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes, y donaciones* propter nuptias, *ni de las otras donaciones, que los hijos, ò descendientes traxeren à colacion, y particion.* Por lo que precediendo la dote dada à la hija, ò la donacion entregada al hijo, (ya sea *propter nuptias*, para que se case con muger determinada, ò solamente para que se case, sin nombrarla, que llaman *donacion por causa del matrimonio*, (2) ò ya sea hecha sin causa, si se entregó expresamente à cuenta de legitima) no se debe sacar de su importe la mejora posterior hecha por el testador, ni colacionar sino para efecto de igualarse

(1) Ley 3. §. 1. ff. de Collation. bonor. ley final, ff. de Dotis collation. ley Si soror, y ley Ut liberis, Cod. de Collation. y Authent. Unde si parens, Cod. de Inofficios. testam. Matienz. en la ley 9. tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 2.

(2) Angul. en la ley 9. tit. 6. glos. 4. Gutier. lib 2. Pract. quæst. 65. n. 9. Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 16. n. 44.

se con los coherederos en sus legitimas; y la razon entre otras que aducen los Autores, es, porque despues que el padre, ò madre dotaron à la hija, ò en vida hicieron donacion al hijo, y se desprendieron de los bienes que les entregaron, quedaron privados de toda accion, y potestad para disponer de ellos, pues por su tradicion se constituyeron del patrimonio de los mismos hijos, à quienes se transfirió su dominio; y de sacarse de ellos, ò de su importe el de la mejora posterior, se disminuían en él la dote, y donaciones anteriores, y tocaba menos por su legitima à los donatarios, y dotada, lo qual era inicuo, porque cedia indebidamente en beneficio del mejorado, y en visible perjuicio de los donatarios, que habian adquirido su dominio por la real, y efectiva entrega, y no era justo que porque se utilizase el mejorado, se les desfalcase, ni hiciese restituir con el especioso titulo de colacion parte alguna de ellos, para aplicarselos, ni que se les perjudicase en sus legitimas. (1) Y aun quando no se disminuyesen, ni tuviesen que restituir, porque les cupiesen, pero llevarian menos por sus legitimas, que lo que à no deducirse de ellas, ni con su union, ò cumulacion la mejora, les tocaria, y debian percibir, y el mejorado mas, sin tocarle, por aplicarsele en parte de mejora el importe de bienes, que no eran del mejorante, y ser con este motivo mas quantiosa, sin deber serlo. A mas de que jamás se juzga que ninguno quiere disponer, ni dispone de los agenos, sino de los propios: (2) y no siendo del mejo-

(1) Gom. Castill. Tello, y Avendañ. en la ley 25. de Toro n. 1. Matienz. en la ley 9. cit. tit. 6. y glos. 1. n. 3. y sig. Sr. Castillo dicho cap. 16. n. 38.

(2) Ley Conficiuntur, §. 1. ff. de Jure codicillor. Authent. Ingressi, Cod. de Sacrosanct. Eccles.

jurante los que tenia entregado, no es visto disponer de ellos. Por cuyas razones para ver si la dote entregada à la hija le cabe, ò no en su legitima, no se saca el quinto de su importe, sino de el de los bienes que dexa el dotante, como expuse en el cap. 2. num. 89. de este libro, ni tampoco se une, ni debe unir à ellos, sino à su residuo, para que de este modo sea de los que tenia, y poseía, y no de los que ya no existian en su dominio.

143 La disposicion de esta ley parece habrá lugar unicamente en la dote entregada, y no en la prometida à la hija casada, y velada, atendidas las palabras: *Traxeren à colacion, y particion*, con que está concebida, pues denotan, y suponen estar ya en poder del yerno, ò hija, à quien fue ofrecida, por no deberse decir que confiere lo que no tuvo, ni tiene. A mas, de que la mejora se debe detraer de los bienes que el difunto poseía al tiempo de su muerte, segun las leyes 19. y 23. de Toro: es asi, que estos existian entonces en su poder, por no estar entregados todavia à la hija, à quien los prometió: luego de ellos se ha de deducir integramente.

144 Sin embargo de esto, se debe entender, y ampliar à la dote prometida igualmente que à la entregada: y la razon es, porque los bienes prometidos, aunque existen en poder del testador, no son suyos, por estar obligado à su tradicion: y asi es lo mismo que si estuvieran entregados, pues la hija, y su marido, luego que se perfeccionó su casamiento, adquirieron derecho à que se los entregase, por lo que se contempla existen interina, y confidencialmente, ò en deposito en poder de su padre, el qual puede ser compelido à su tradicion: y como la herencia, y mejora se entienden, y deben sacar de lo que realmente es suyo, por no titularse asi, ni serlo lo que está

tá debiendo, (1) ni conceptuarse segun Derecho (2) existir entre los bienes de alguno aquello, à que está obligado, por ser lo propio para el caso estar prometido, que pagado, y fuera de su poder; por eso se amplía la disposicion de la ley 25. inserta à la dote prometida, como si estuviera entregada. (3) Y lo mismo procede para con la donacion *propter nuptias*, y otras donaciones con causa, aunque no estén entregadas, si están prometidas, porque versa identidad de razon, y asi debe obrar la propia disposicion, y hacerse igual juicio. (4)

145 La conclusion sentada en el num. 142. se limíta en dos casos: El primero, quando el testador mejoró irrevocablemente en el tercio, y quinto de todos sus bienes à algun descendiente, y despues hizo donacion *propter nuptias*, ù otra con causa necesaria (que es colacionable como legitima) à otro descendiente; pues entonces se deducirá, y exigirá efectivamente la mejora de la donacion, no pactandose lo contrario (como se puede) al tiempo de constituir la mejora: y la razon es, porque el ascendiente tiene potestad legal de mejorar irrevocablemente entre vivos à alguno, ò algunos de sus legitimos descendientes en el tercio, y quinto de sus bienes: y constituyendo en esta forma la mejora, adquiere el mejorado de-

(1) Ley Subsignatum 39. §. Bona, ff. de Verbor. significat.

(2) Ley Si quis mandatu, ff. de Negot. gest. ley Cum post mortem, §. 1. vers. Sed is de quo, & ibi. glos. verb. Promisserit, ff. de Administrat. tutor. y ley unica, §. Accedit, Cod. de Rei uxoriæ action.

(3) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 61. n. 1. Avendañ. en la ley 25. de Toro glos. unica ex n. 10. hasta el fin. Angul. en la ley 9. tit. 6 lib. 5. glos 3. n. fin. Sr. Castill. lib. 4. y cap. 16. dichos n. 46.

(4) Ley Si quis argentum, §. Si autem, Cod. de Donationib. ley Ut liberis cit. & ibi. Decio n. 7. Angul. en la ley 10. tit. 6. glos. 7. n. 2. al 6. Valasc. consult. 3. Sr. Castill. ibi.

derecho à su importe en el todo, no solo de los que tiene al tiempo de su constitucion, sino de los que despues adquiera hasta su muerte; y respecto à que los que dismembra de su caudal con la dote, y donaciones posteriores, son, y deben entenderse parte de legitima de la dotada, y donatarios, y no mas, pues el donante à ningun otro descendiente puede mejorar ya, porque la mejora no puede ser mas que una, ni despues de hecha simplemente, imponer gravamen, ni condicion en ella, y à mas de esto la dote, y donaciones causales son colacionables, y por la colacion se constituyen como del patrimonio del donante; por eso precediendo la mejora irrevocable, se ha de deducir de ellas, no conceptuarse mejorado en cosa alguna el donatario, y para hacer la deduccion, cumularse al liquido caudal inventariado, y partible; pues de lo contrario serian ilusorias la ley 17. de Toro, y demás, que constituyen irrevocable la mejora, hecha por causa onerosa, y repugnantes entre sí la misma ley 17. y la 25. y estaria en la libre potestad, y arbitrio de los mejorantes el defraudar à los que habian mejorado por contrato oneroso, y en perjuicio de estos disponer despues de sus bienes como quisiesen; por lo que ninguna duda queda en que en el caso propuesto se ha de deducir la mejora irrevocable precedente de la dote, y donaciones posteriores, y para ello considerarse, y cumularse su importe, como si existiera entre los bienes partibles; y si lo donado excede à lo que el donatario, ò dotada deben haber por su legitima diminuta, lo han de restituir. (1) El

(1) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 62. Avendañ. en la ley 25. de Toro n. 2. y Tello n. 3. Matienz. en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 3 n. 2. Angul en ella glos. 1. n. 2. Avor. part. 3. quæst. 27. n. 85. Morquech. lib. 4. cap. fin. ex n. 2. al 7. Hermosill. en dicha ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 87. Escobar de Ratiocin. computat. 1. n. 11. y sig.

146 El segundo caso es, quando la dote fue inoficiosa, y el padre mejoró posteriormente à algun hijo; en cuyo caso mediante à que la hija no puede ser mejorada en contrato entre vivos, por razon de dote, ni casamiento, ni se entiende serlo tacita, ni expresamente, (1) como sentè en el cap. 2. de este libro num. 87. si se verifica su inoficiosidad, debe restituir el exceso à los coherederos; y como éste se constituye de la herencia, y patrimonio del difunto por la colacion, y restitucion, del mismo modo que los demás bienes que se encuentran en su poder, por eso se debe deducir la mejora no solo de estos, sino tambien de aquel, pues en quanto à él jamás valió la constitucion dotal, y por lo mismo buelve al donante, (2) el qual puede pedirlo en vida, y revocarlo, porque lo que por Derecho no surte efecto, no presta impedimento; (3) y sin embargo de que ninguno puede ir contra su propio hecho, (4) no obstante, si el acto es nulo, se le permite anularlo, y pedir se rescinda, y declare por tal: (5) lo qual en su vida no podrán hacer los hermanos de la dotada; y es la razon, porque estos lo pueden rescindir unicamente por la querella de inoficiosidad con pretexto de su legitima, segun en quanto al hijo dexo expuesto en el num. 134. y como no se les debe ésta, mientras vive su padre, y puede ser que éste aumente sus bienes despues de entregada la dote, ò que mejore en testamento à la hija, ò que muera alguno de los coherederos, por cuyos

(1) Ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop. & ibi. Glosator. y Auto 4. cap. 24. tit. 12. lib. 7. Recop.

(2) Morquech. ibi. n. 8. Ayor. dicha quæst. 27. n. 86. y 87. Angul. en dicha ley 9. glos. ultim. n. fin.

(3) Regla Non præstat de Regul. jur. in 6.

(4) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindication.

(5) Bart. y otros en la ley Post mortem, ff. de Adoption. Menchac. de Succes. creat. §. 10. n. 248. Angul. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. 9. n. 1.

yos motivos sea mayor la parte que toque à ésta, y cese la inoficiosidad, por eso se ha de esperar la muerte de su padre, para que sean admitidos. (1)

147 La limitacion de este segundo caso se entiende quando resulta la inoficiosidad, considerados, y unidos los bienes con que la hija fue dotada, y los que dexó su padre, y baxado el quinto de estos solamente, y no quando se verifica por causa de la deduccion del tercio, pues en este caso parece no será obligada à restituir el exceso de la legitima diminuta, que por deducir el tercio, aparece tocarla, porque la ley que prohibe sea mejorada en contrato entre vivos, no prohibe que lleve la legitima larga, ò completa de todos los bienes del testador, ni manda que esta se compute, y considere despues de sacada la mejora, ò que se deduzca primero el tercio, y quinto, para ver si la cabe, ò no lo que tiene tomado, ni tampoco lo expresan las preces que hizo el Reyno, y dieron motivo à su creacion; y como en aplicarsela integra no se infringe su precepto, porque no hay, ni se verifica mejora, que el testador haya hecho, ni pactado, ni tenido intencion de hacer à su favor, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: por eso quando fue dotada antes que se hiciese la mejora, se la ha de aplicar lo recibido, si la cabe en su legitima larga, separando unicamente el quinto de los bienes que dexa el mejorante, porque à éste ningun derecho tiene, por ser privativo de su padre: al modo que por el contrario, quando la mejora precede, se debe deducir de la dote recibida, segun queda expuesto en el num. 145. y cabiendo despues de separado el quinto,

(1) Ayor. part. 2. quæst. 20. n. 66. Segar. in Repet. leg. Cohæredi, §. Cum filiæ, vers. Viso, & considerato, col. 24. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. Baez. de Non meliorand. filiab. cap. 34. n. 9. Angel. en dicha ley 10. y glos. 9. n. 2.

to, nada deberá restituir, porque nada mas lleva que la legitima integra, ò completa de todos los bienes del testador, ni por consiguiente resulta inoficiosidad. Sin que lo obste el decir, que los hijos no mejorados llevan menos que ella por sus legitimas en el precitado caso, pues esto proviene de la disposicion de las leyes, y del testador, por haber hecho mejora: y asi, aunque parezca de mejor condicion que ellos, no se entenderá mejorada, por no haber tal mejora, ni intencion de hacerla, y ser eventual el que la toque algo mas: por lo que si la ley 25. de Toro, que prohibió sacar mejora de las dotes, y donaciones, hubiera querido limitar este caso, lo hubiera expresado, ò prevenidolo la Pragmatica de Madrid, que mandó, que las hijas no fuesen mejoradas: y respecto no hablar de él, no se las debe quitar lo que las leyes no las quitan; pero si cabe solamente incluyendo, y no deduciendo el quinto para el computo, debe restituir el importe de éste al cúmulo de la herencia, ò al legatario, ò mejorado en él si lo hay, porque éste no es legitima, por cuya razon no debe quedarse con él: (1) y en estos terminos concibo se debe entender lo que expliqué en el cap. 2. num. 88. de este libro, salva la mas arreglada, y superior censura, à que me sujeto, atentas las preces, y la prohibicion de la ley en su virtud creada.

143 Quando el testador hizo en vida donacion simple, que no consumió, ni completó el total de la mejora, à un hijo, (en cuyo caso éste se entiende tacitamente mejorado) y despues por ultima disposicion mejoró expresamente à otro en el tercio, y quinto de sus bienes, discordan los Autores acerca del modo de deducir la mejora, cu-

(1) Ayor. part. 3. y quæst. 27. cit. n. 88. al 90. y part. 4. exempl. 5. vers. Sed quid erit si post dotem datam à patre, y sig.

cuyo discrimen dimana de la inteligencia de las leyes 19. 23. 25. y 26. de Toro. Y respecto haber notable diferencia, y poderse irrogar gravisimos perjuicios à los interesados en hacer su deduccion de una suerte, ò de otra, y que con la pluma en la mano será mas perceptible el caso: para clara inteligencia, è instruccion del Contador, propongo el mismo que ellos proponen." Un padre que tenia tres, ò mas hijos, donó inter vivos simplemente, y entregó al uno de ellos diez mil reales, ò un fundo, ò cosa que los valia. Despues mejoró expresamente en testamento, ò en otra ultima disposicion à otro hijo en el tercio, y quinto de sus bienes, y el liquido caudal partible, que por su muerte se inventarió, y halló pertenecerle, fueron ciento y veinte mil reales." En este caso es preciso buscar el modo justo de girar la cuenta, para que ni el donatario sea perjudicado en lo que ya tiene recibido, y en que se entiende mejorado, segun la ley 26. de Toro, ni el mejorado por testamento en su mejora, ni los demás hijos en sus legitimas; y tambien para que pudiendo cumplirse la voluntad del mejorante, se cumpla, y observe en el todo. Es punto frecuente en las particiones, digno por su gravedad de mucha atencion, y en su resolucion titubean muchos por la discordia de los Autores: por lo que el Contador tendrá paciencia, y no llevará à mal que me dilate en su exposicion, y le moleste con repeticiones, pues quiero instruirle de lo que debe hacer, y apurar la verdad, à fin de que no incida en errores, ni con ellos damnifique à los interesados, y como escribo para legos, no discurro otro medio de darme à entender, segun apetezco.

149 Pero antes que resuelva quál de las opiniones se ha de adoptar, y seguir, debo sentar, que la cuenta se puede hacer de quatro modos: El primero es, deducir la me-

mejora expresa de solo el importe de los bienes inventariados, y entonces el mejorado en testamento conseguirá como tal 56ᘐ. reales, à que ascienden el tercio, y quinto de los 120ᘐ. inventariados; pero de esta suerte se defraudan las legitimas en los 10ᘐ. entregados en vida al donatario, en los quales se entiende mejorado. Es asi que el Derecho prohibe, que las legitimas sean defraudadas, y el testador no solo no lo manda, sino que aunque lo mandára, no debia practicarse. Luego este modo de sacar la mejora, como ilegal, y gravoso à los no mejorados, de ninguna manera se debe adoptar. Todos los Autores conforman en esto.

150 El segundo modo (de que ningun Autor hizo mencion, lo qual tal vez puede haber sido uno de los motivos de su discordia, y de haber formado otro concepto del punto concreto propuesto) es, deducir de lo donado un tercio, y quinto, y del importe de los bienes inventariados otro tercio, y quinto, v. g. de los 10ᘐ. de la donacion sacar 4ᘐ666. y un tercio de dos, que son el total de su tercio, y quinto, y dexar para legitimas los 5ᘐ333. y dos tercios de dos restantes, y de los 120ᘐ. los referidos 56ᘐ. y el residuo, que son 64ᘐ. para legitimas tambien: en cuyo caso compondrá el total de la mejora dividida entre ambos mejorados 60ᘐ666. reales, y un tercio de dos, y quedarán para legitimas 69ᘐ333. y dos tercios de dos. Este modo de girar, y deducir en nada perjudica las legitimas de los hijos, ni tampoco al mejorado en testamento, pero sí al donatario, porque de lo que ya es suyo como mejora, se le quita para legitima mas de la mitad, que son los 5ᘐ333. reales, y dos tercios de dos, sin estar obligado à restituirlos, por no resultar inoficiosidad: esto no solo lo prohibe expresamente la ley 25. de Toro, (pues es el unico modo con que se

contraviene) sino que ni el testador lo manda, ni aunque lo mandára, debia ser obedecido: lo uno, porque la donacion primera irrevocable no se disminuye por la segunda segun Derecho; (1) lo otro, porque en la donacion simplemente hecha no se puede imponer despues condicion ni gravamen; (2) y lo otro, porque lo donado era del donatario, y el testador carecia de potestad para gravar lo ageno, quitarlo à quien lo tenia, y disponer de ello: luego tampoco es adoptable, ni debe seguirse, pues con él, y no con otro alguno se verifica propia, clara, y expresamente la prohibicion, è infraccion de la citada ley en el caso propuesto, porque se saca efectivamente el tercio, y quinto de lo donado en vida, y al donatario se aplica el residuo en parte de legitima, debiendo dexarsele con el tercio, y quinto como mejora respecto caberle todo en ella.

151 El tercero es unir, y cumular verbal, y numericamente los 10ℐ. reales entregados en vida à los 12ℐ. inventariados, y compondrán 130ℐ. deducir de estos el total de la mejora, que importa los mismos 60ℐ666. reales, y un tercio de dos, dexar al donatario los 10ℐ. que en cuenta de mejora tacita tiene en su poder, y debe colacionar en este concepto, para que no perciba mas de lo que el donante pudo dar en vida, y muerte à entrambos mejorados, y luego aplicar al que lo fue en testamento, los 50ℐ666. y un tercio de dos restantes para el mismo efecto. Este modo de hacer la cuenta es el que siguen *Tello*, *Ayora*, *Acevedo*, y otros que cita el Señor *Castillo lib.* 4. *Controvers. cap.* 16. *ex num.* 34. y lo observan los Con-

ta-

(1) Ley Fuit quæstionis, ff. de Collation. bonor. glos. & Bart. in leg. Titia sejo, §. Imperator, ff. de Legat. 2. DD. in leg. 1. Cod. de Inofficios. testam.

(2) Ley Perfecta donatio, Cod. de Donationib. quæ sub modo.

tadores de esta Corte, inteligentes en particiones, porque con él ninguna ley se infringe, ni se perjudican, ni disminuyen las legitimas, ni mejora tacita, ni expresa.

152 Y el quarto es, sacar mejora unicamente de los 120ℐ. que importa los 56ℐ. referidos, y de estos baxar los 10ℐ. entregados en vida al donatario, como mejora tacita, y entonces quedará reducido el total de ambas partes de mejora à solos 46ℐ. reales, y por consiguiente, aunque el donatario no será defraudado, ni tampoco las legitimas, pero el mejorado en testamento no llevará el residuo integro de la mejora que el testador hizo à su favor de todos sus bienes en vida, y muerte, como pudo, porque le faltan 4ℐ666. reales, y un tercio de dos, para completarla. Este modo de deducir es el que citando, y siguiendo à *Angulo*, y *Escobar*, se esmera en defender con particular esfuerzo el *Señor Castillo* en dicho capitulo, apoyandolo con una Decision de la Real Audiencia de Sevilla, impugnando el de Tello, y sus sequaces, fundandose en las leyes 19. 23. y 25. de Toro, haciendo argumentos, y exponiendo las razones que impelieron à la expresada Real Audiencia à decidir segun su concepto.

153 A vista de opinion, y decision tan recomendables, y respetables, me hallé perplexo, y lleno de confusion, sin poder inclinarme à seguirla, y deponer la contraria que siempre habia seguido, me habia enseñado la práctica de esta Corte, y me hacia gran fuerza, ni tampoco à continuar en ésta por no exponer los Autores los fundamentos de ella, y mucho mas diciendo *Tello en la ley* 25. *de Toro n.* 4. que en juicio jamás habia podido obtener por la suya, y que la otra estaba canonizada por quasi todos los Jueces, y Letrados, como se prueba de sus palabras, ibi: *Et hæc opinio ab omnibus advocatis, & judicibus ferè canonizata est, adeo quod etsi aliquando incontroversia habui*

hui, *nunquam contrarium obtinere potui*; por lo que con el deseo de saber quál era la justa, legal, y segura, despues de muchisimos dias de tarea, y cabilacion, por no hallar explicadas en los Autores las razones en que afianzan su dictamen, acordandome que el Derecho (1) dice, que se debe juzgar por las leyes, y no por exemplares, y no mirarse à la dignidad del Autor, sino à la razon de su doctrina, determiné acercarme à examinar, construir, y desentrañar las tres de Toro, en que se funda la opinion contraria, y apurar si hablan, ò no del caso concreto de la disputa. Y para que el Contador no lo ignore, antes bien se utilice del fruto de mi trabajo, que es el objeto à que aspiro, sin embargo de que no soy letrado, (respecto de que están en Castellano, por lo que debo entenderlas para observarlas, y de que entiendo algo de Latin) permitanme los que lo son, no solo que las inserte, sino que las explique, à lo que con su beneplacito, y baxo de su correccion procedo.

154 La ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. Recop. dice: *El padre, madre, y abuelos en vida, ò al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ò parte de su hacienda el tercio, y quinto de mejoría en que lo haya el hijo, ò hijos, ò nietos, que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, ò valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos, que esta facultad de poder señalar el dicho tercio, y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer à otra persona alguna.* Lo dispositivo de esta ley termína à tres fines: El primero, à que el

(1) Ley Nemo judex 13. Cod. de Sentent. ley 1. Cod. de Veteri jure enucleand. ley 12. ff. de Offic. præsid. y §. ultim. Institut. de Satisdation y ley 10. tit. 14. Partid. 1. Div. Hieronym. super Daniel.

el padre, madre, y abuelos, haciendo mejora de tercio, y quinto en vida, ò muerte, (que es por contrato, ò ultima voluntad) puedan señalar bienes ciertos, y determinados para su pago: El segundo, à que el tercio no exceda de lo que montare la tercera parte de los que tengan al tiempo de su muerte, aunque los consignados para satisfacerlo, valgan mucho mas. Y el tercero, à que no puedan cometer à otro la consignacion de ellos, pues deben hacerla por sí propios, por la razon que expuse en el capitulo inmediato num. 14. Este es el verdadero, y genuino espiritu de esta ley. Pregunto ahora, ¿el consignar es dar, y entregar en vida cosa alguna al mejorado? No por cierto. ¿Pues qué es? Es unicamente señalar la cosa cierta, y determinada, en que despues del fallecimiento del mejorante se le ha de entregar el importe de la mejora. Luego aunque la ley inserta ordena, que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, respecto no tener efecto la consignacion hasta que fallezca, y existir entonces entre sus bienes los señalados, en que se ha de adjudicar, y entregar la mejora al mejorado, no se verifica, ni puede verificar su infraccion, antes sí la observancia de su precepto: ni hay que hacer cumulacion, ni computacion, ni de qué, ni por consiguiente viene al presente caso su disposicion en la cosa mas minima, porque ni aun remotisimamente habla de él. Pero buelvo à preguntar, ¿à qué se dirige esta consignacion, ò señalamiento? Se dirige à dar, y conceder al mejorado derecho especifico en los bienes señalados hasta en la parte que alcance la mejora, y à que los coherederos (quieran, ò no) tengan obligacion, y puedan ser compelidos à entregarle precisamente los mismos que el mejorante señaló, y no otros de la herencia para pago de la mejora, como no habiendo consig-

signacion, lo pueden hacer. ¿Y qué fin tuvo la ley en mandar que el tercio no exceda de lo que valga la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte? El que movió al Legislador fue, el obviar dudas, y pleytos, y no gravar las legitimas. ¿Y en qué podian ser gravadas estas? En que si desde la constitucion de la mejora hasta la muerte del mejorante transcurrian algunos años, se disminuía su caudal, y el mejorado à pretexto de la consignacion pretendia se le diese todo lo consignado en pago de su mejora, alegando se le habia transferido su dominio, como al legatario de cosa especifica el de ésta; y por la diminucion del caudal no le cabian los bienes señalados, no le sufragase alegar, ni justificar, que el total de estos tenia cabimiento en el importe de la mejora, quando se le habia hecho, (pues se desfalcaban las legitimas, atento el menoscavo de caudal) antes bien estuviese obligado à contentarse con lo que de ellos le cupiese, considerado el valor de los que el mejorante dexase, porque el tercio es parte de legitima: y al modo que ésta como quota de bienes se considera al tiempo de la muerte, porque hasta entonces no se debe: del mismo modo la mejora de los que el testador dexa, se debe considerar quando fallece, y no quando se hizo, porque de lo contrario serian perjudicados enormemente los hijos en sus legitimas, y el mejorado se utilizaria indebidamente en su detrimento.

155 La ley 23. de Toro, que es la 8. del mismo tit. y lib. dice: *Quando el padre, ò la madre por contrato entre vivos, ò en otra postrimera voluntad hiciere à alguno de sus hijos, ò descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría haya consideracion à lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejoría.* Esta ley tampoco habla

bla palabra del caso de donacion, ni tradicion de la mejora del tercio, ni parte de él, y sí de que ya sea hecha revocable, ò irrevocable por contrato entre vivos, ò ultima voluntad, se atienda siempre al valor que tienen los bienes del mejorante al tiempo de su muerte: y la razon es la expuesta en el numero anterior, por lo que como no hay tradicion en vida, es preciso atender à aquel tiempo, y por existir en poder del mejorante todos sus bienes, no hay que computar, ni colacionar; y no debe el mejorado à pretexto de ser irrevocable la mejora, hacer merito de lo que valian quando la constituyó el mejorante, ni de que desde entonces adquirió derecho à ella, porque su irrevocacion sirve unicamente para que no pueda ya dexar de ser mejorado sin causa legal, y que su padre quede sin potestad para mejorar à otro, y gravar el tercio, mas no para que en su deduccion se considere el tiempo de su constitucion, sino el de la muerte, desde el qual empieza à tener efecto, por no haber precedido tradicion, pues una cosa es hacer la computacion entre los bienes entregados, y los que faltan que entregar hasta completar el total de la mejora, que viene à ser guardar en algun modo cierta analogía, ò proporcion entre los mejorados, y los bienes que les corresponden, para que el donatario, y el mejorado en testamento no lleven mas que lo que respectivamente les toca, y de que pudo disponer à su favor en vida, y muerte el mejorante, ni por beneficiarlos sean defraudadas las legitimas; y otra, y muy diversa deducir solamente la mejora de los bienes que el testador tiene quando muere, y de lo que ésta importe, baxar lo que en vida entregó à cuenta de lo que sumase la del total de ellos, como si no hubiera tenido facultad para entregarlo, pues esto ninguna ley lo manda, ni en ello pensó el Legislador, y asi ésta tampoco viene al caso propuesto.

La

156 La ley 25. (si no me engaño) aunque supone donacion, y tradicion en vida, corre iguales parexas que las 19. y 23. para el caso presente, y el mismo parentesco tiene con él, que éstas. Vamos à la prueba. Tiene su tendencia la disposicion de esta ley à prohibir, que de los bienes, ò donaciones que se colacionan (que son los entregados en vida à cuenta de legitima, los que tienen obligacion de colacionar los donatarios, para igualarse con los que nada recibieron, que es el principal motivo por que se estableció la colacion) se saque mejora, porque como no son del mejorante, no puede hacerla de lo que importen: y estando ya en poder del donatario, y siendo suyos, si se deduce de ellos, se le quitan indebidamente, por beneficiar al mejorado, y hacer que la mejora sea mas quantiosa. Pregunto ahora, ¿prohibe que se hagan la computacion, y cumulacion referidas en el num. 151. que se observan en la práctica? No por cierto, ni habla una palabra de ellas, ni aun se colige. Luego pueden hacerse, porque en materia privativa, lo que no está prohibido por ley, se entiende permitido, y si la ley lo quisiera, lo expresaria. (1) ¿Manda que se haga la deduccion mencionada en el num. 152. ò que quando el donante entregó al donatario lo que le donó, y despues hizo mejora, se haya de sacar precisamente el importe de lo donado en vida (ya sea en cuenta de legitima, ò de mejora) del de los bienes que dexa quando muere, y disminuir la expresa posterior, aunque de esta suerte se verifique que no dispone del tercio, y quinto integros en vida, y muerte, limitandole en este caso la facultad que para esto le confie-

(1) Ley unica, §. Sin autem, Cod. de Caduc. tollend. ley Si servos, §. Prætor ait, ff. de Acquirend. hæredit. Authent. De non eligend. §. Cum igitur, collat. 1. Bald. in Authent. Ex testamento, Cod. de Secund. nupt. Barbos. axiom. 136. n. 5.

fieren otras leyes? Tampoco. ¿Se quita algo al donatario, ò mejorado en vida para darlo à otro, ò aplicarlo à legitimas, como sucede, haciendo la cuenta del segundo modo demonstrado en el num. 150? Nada, ni por consiguiente se infringe la ley 25. citada: y decir lo contrario, es nimio alucinamiento, y preocupacion. ¿Puede el testador mejorar à uno, ò à mas en vida, y muerte, y entregarle toda la mejora en vida, ò solamente parte, y dexar en su poder el resto para que se le entregue despues de su muerte? No hay duda. ¿Debe observarse su voluntad, no siendo opuesta à las leyes? Es constante.(1) ¿Se opone à su precepto en principiar à disponer en vida de parte de la mejora, y entregarla al donatario, ò mejorado, y concluir en muerte la disposicion del resto de su importe à favor de él, ò de otro? De ningun modo, antes bien es conforme à su permision. Pues buelvo à preguntar, ¿si todo esto es asi, à qué viene el valerse de esta ley para el presente caso? No lo alcanzo, por lo que lo dexo al discurso de talentos sublímes, pues el mio es muy limitado: y mientras me dan respuesta categorica, y concluyente, saco por legitima conclusion, y consecuencia, que ninguna de las tres leyes explicadas habla, ni aun remotisimamente del caso propuesto: que por esta razon no se debe contraer à él su disposicion: y que la interpretacion, que para vigorizar su dictamen, las dieron los Autores referidos en el num. 152. (salva su venia) es pura divinacion. Este es mi sentir, del que *quidquid alii dicant*, jamás me recederé.

157 Queda patentizado, que el caso propuesto no está comprehendido en las leyes 19. 23. y 25. de Toro: res-

(1) Ley In conditionibus, ff. nib. de Conditionib. & demonstratio-

resta indagar si lo estará en la 26. que es la 10. del propio tit. y lib. y si estandolo, se deberá hacer con arreglo à ella la cuenta formada en el num. 151. que se observa en la práctica. Y para proceder à esta indagacion, la insertaré, y explicaré, y dice asi: *Si el padre, ò la madre en testamento, ò en otra qualquier ultima voluntad, ò por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion à alguno de sus hijos, ò descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio, y en el quinto, entiendase, que lo mejoran en el tercio, y quinto de sus bienes, y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que à él, ni à otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos, que vala fasta en la quantidad del dicho tercio, y quinto, y legitima de lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.* Esta ley (sobre cuya inteligencia tropiezan muchos entendimientos obtusos, destituidos de práctica, y llenos de obscuridad) contiene quatro partes: La primera, (suponiendo la facultad concedida por las precedentes al ascendiente legitimo para mejorar à algunos de sus descendientes) se dirige à mandar, que si hiciere donacion en vida, ò legado en muerte, pues éste es donacion hecha en ultima disposicion, segun Derecho, (1) se estime o donado por mejora, aunque no lo exprese; lo qual entiendo, ya sea simplemente por mera liberalidad, ò por alguna causa, con tal que no sea necesaria, como he sentado en el num. 98. pues la ley no distingue; bien que algunos Autores la entienden solamente de la donacion simple. La segunda, que al donatario se cuente por parte de tercio, y quinto de los bienes de su ascendiente lo que

(1) Leyes Legatum est, ff. de Legat. 1. & 2. y leyes 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Partid. 6. y §. 1. Institut. de Legat.

que éste le donó, en quanto quepa en el mismo tercio, y quinto de ellos. La tercera, que hecha la donacion, no pueda mejorar al donatario, ni à otro en mas de lo que importaren el tercio, y quinto juntos con lo donado, el qual se ha de contar, è incluir en el valor de ellos. Y la quarta, que si lo donado excediere al valor del tercio, y quinto de los bienes del donante, valga hasta en su importe, y en el de su legitima, y no en mas.

158 Esto es lo que dispone la ley 26. de Toro. Pregunto ahora, ¿habla del caso concreto de la disputa? Sí. ¿Prohibe la computacion, y cumulacion expresadas en el num. 151? No, antes quiere que se haga; lo uno, porque manda que se cuente al donatario por parte de tercio, y quinto de los bienes del donante lo que le donó, (que esto es computar, y cumular) para ver lo que residua de mejora, sin lo qual no se puede saber, ni igualar à todos en sus legitimas; y lo otro, porque prohibe al donante, que pueda mejorar al donatario, ò à otro en mas, que en el exceso de lo que contando, è incluyendo lo donado, importe la mejora de los bienes que entregó en vida, y dexa por su muerte, pues por la donacion general hecha por titulo lucrativo, no se entiende revocada la precedente particular, antes sí que ésta restringe à aquella, y la limíta al residuo del tercio, y quinto; (1) y esto significan sin violencia aquellas palabras: *Y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio, y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que à él, ni à otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio, y quinto*: : y asi se entiende quando principia en vida la me-

(1) Bart. in leg. Rem legatam n. 10. vers. Sed an hoc, ff. de Adimend. legat. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 3. n. 19. Tello en la 17. de Toro n. 125. Angul. en la 9. tit. 6. glos. 10. n. 4.

mejora, y la concluye en muerte; porque à mas de que la ley no hace distincion de tiempos, y quando no distingue no debemos distinguir, se corrobora de sus ultimos periodos, ibi: *De lo que debian haber de los bienes de su padre, y madre, y abuelos, y no en mas.* Buelvo à preguntar, ¿se debe aplicar à legitimas lo donado simplemente? No, porque esta ley manda que se estime por mejora, y de hacer lo contrario, se contraviene. ¿Tienen derecho todos los hijos à los bienes integros de sus padres en concepto, y con titulo de legitimas contra su voluntad? No, porque se permite à estos disponer del tercio à favor de algunos de ellos, y del quinto al de extraño, ò en otras cosas à su arbitrio. ¿Hay alguna ley, que mande se cercene la mejora para que crezcan las legitimas, ò al contrario? No, pues todas quieren se dé à cada uno lo suyo, y à este fin fueron establecidas. ¿Se infringe alguna por aplicar al mejorado en testamento el residuo integro de la mejora que le corresponde, considerada, ò cumulada la donacion hecha à otro en vida por parte de ella? No, antes bien se cumple con lo preceptuado por la 26. ¿Y se gravan por esto las legitimas diminutas de los hijos? Tampoco, porque nada de su importe se les quita, pues les toca lo mismo, que si su padre, en caso de no haber hecho la donacion, y de tener en su poder lo donado, mejorára solamente por testamento en el todo de sus bienes à los dos, mandando llevase cada uno lo que habiendo donacion, le toca. ¿Se debe deducir solamente la mejora de los bienes que el testador dexa, y del importe de ella sacar el de lo donado, como lo quieren los Autores contrarios à Tello? De ningun modo: Lo primero, porque ninguna ley lo manda, antes bien de la 26. se prueba lo contrario. Lo segundo, porque se limíta al testador la facultad que otras de Toro le dan para me-

mejorar en vida, y muerte en el tercio, y quinto integros de todos sus bienes, y la que ésta le concede de hacer donacion en vida, y mejorar en muerte hasta en la cantidad que (atendido, y cumulado lo donado) quepa en los del donante; y ningun Autor, ni Contador tienen potestad para limitarsela. Lo tercero, porque sería notable absurdo hacer que los bienes entregados en el concepto de mejora, mudasen el en que lo habian sido, y se aplicasen à legitimas; y clara injusticia, è iniquidad quitarlos al mejorado, que ya los poseía como dueño, por darlos à los que no lo son, ni tienen el mas leve derecho à ellos, sino excede su valor à la legitima, y mejora, atendidos los del mejorante unidos con ellos. Y lo quarto, porque debiendo cumplirse la voluntad de éste en quanto quiso que la mejora se deduxese con consideracion à lo donado, y à los que dexase, respecto haber principiado en vida à usar de la permision de las leyes, y concluido en muerte, no solo no se cumple, (como se debe, pudiendo, pues siendo arreglada, es ley inviolable) sino que contra ella, y contra el precepto de la ley 26. se perjudica al mejorado en testamento, lo qual es inicuo. Por cuyas razones: por no infringirse la ley 25. de Toro, respecto no quitarse al mejorado en vida cosa alguna de lo que ya es suyo, ni por consiguiente sacarse de ello la mejora, como sucede haciendo la cuenta del modo explicado en el num. 150: por no prohibir esta ley, ni otra la cumulacion de lo donado en vida con lo inventariado, para hacer la computacion, y deduccion: por no venir al caso las leyes 19. 23. y 25: por no haber ley que mande se gire la cuenta, como quieren los Autores opuestos, antes bien probarse lo contrario de la 26. de Toro, y ser esto preciso para igualar à todos en sus legitimas: por carecer de facultades el Juez, Contador, y Autores para limitar al testador las que

le

le conceden las leyes, ni para perjudicar à unos herederos, por beneficiar à otros: y por todo lo demás expuesto en los precedentes numeros, digo, que la cuenta se debe girar en los terminos explicados en el 151. que en la práctica de esta Corte es corriente; y de esta suerte se cumple la voluntad del donante, se observan las leyes, nada se quita à los mejorados, no se defraudan las legitimas necesarias de los hijos, y se procede con justificacion, dando à cada uno lo que le toca.

159 Desentendiendose el Señor Castillo de la ley 26. en quanto à su verdadera inteligencia, haciendo merito solamente de las 19. 23. y 25. y trayendo por apoyo de su dictamen lo que dice Tello en la 25. con arreglo à ella, y es, que de lo entregado à cuenta de legitima, y de las precedentes dote, y donaciones colacionables no se saca la mejora; y que asi no se cumulan, ni deben cumular para su deduccion; arguye de esta suerte. Lo entregado con legal permision à cuenta de la legitima, ya sea dote, ò donacion, no se cumula para la deduccion de la mejora posterior: y las dotes, y donaciones precedentes que se colacionan, la disminuyen, por lo que solo se saca de los bienes que el testador dexa quando muere, como lo manda la ley 25. de Toro. Es asi, que en el presente caso precede donacion à la mejora: luego debe disminuirla, y por consiguiente no cumularse para su deduccion, porque versa identidad de razon, y debe obrar la misma disposicion legal.

160 Urge fuertisimamente (dice dicho Señor) este argumento. Confieso, que, segun hago memoria, está formado en la figura que los Logicos llaman *Darii*, y es la tercera, la qual consta de tres proposiciones, ò dos premisas, y una consecuencia: la mayor, ò primera es universal afirmativa; la segunda, ò menor particular tambien afir-

afirmativa; y la consecuencia igualmente afirmativa: por lo que parece que debe concluir *directe*, como ellos se explican. Confieso asimismo, que al que no sepa silogizar, le concluirá, porque las premisas son ciertas, y de premisas verdaderas sale necesariamente ilacion, ò consecuencia legitima, y verdadera.

161 Pero como la menor carece de la qualidad que tiene la mayor, se queda el silogisimo en *paralogismo*, (que es argumento sofistico, capcioso, y faláz) y asi impide que concluya directa, y legitimamente; por lo que concediendo la mayor, distingo la menor de esta suerte: en el presente caso precede donacion colacionable en cuenta de legitima, como las de que habla expresamente la ley 25. de Toro: lo niego. Precede donacion simple, que no es colacionable como legitima, segun la ley 26. ni se imputa en ella, por lo que se debe estimar por parte de mejora, como esta ley manda, y no de legitima: lo concedo. Luego debe disminuirse la mejora posterior, y no cumularse la donacion para su deduccion: niego la consecuencia, porque milita diversa razon, y distinta disposicion legal.

162 Lo que real, y verdaderamente se deduce de este argumento, es, que asi como la ley 25. manda que de la dote, y donaciones precedentes, que se confieren para igualar à los herederos, no se deduzca la mejora posterior, porque de deducirse, se disminuyen, y se quita à los colacionantes lo que mucho antes de haber mejora es suyo, (ò se les perjudica en sus legitimas, que para el caso es lo mismo) como queda demonstrado en el num. 150. por cuya razon no se deben cumular al acerbo de los bienes inventariados, sino à su residuo, despues de deducida de ellos la mejora: del mismo modo à *contrario sensu* mandando la 26. que la donacion simple, que no es co-

la-

lacionable, ni imputable en parte de legitima, se estime por mejora, y que se cuente lo que en ella quepa, para que el donante no pueda mejorar al donatario, ni à otro en mas, que en el exceso, como si hasta su muerte no hiciera donacion, ni mejora, se debe agregar, y cumular al prenotado acerbo, para ver à quánto asciende el total de estas, y no gravar las legitimas, segun queda figurado en el num. 151. Me parece queda disuelto el argumento, porque es diverso el caso, y hay notable diferencia, asi en las leyes, como en las donaciones: en las leyes, porque la 25. habla de lo colacionable, que es lo que se dá, y anticipa en cuenta de legitima, para igualar en ésta à todos los herederos, ya sea dote, ù otra donacion causal; y la 26. de lo que se entrega por via de mejora, y no es conferible, ni imputable en parte de legitima. En las donaciones, porque unas son colacionables como recibidas en parte de legitima, y otras simples, que se entregan, y reciben en parte de mejora, por lo que no se colacionan, ni imputan en cuenta de legitima, y solo se atiende su importe para ver si cabe, ò no en lo que está permitido testar al mejorante, y no para otro efecto; y por la razon por que las colacionables se cumulan à los bienes que se deben partir entre todos los herederos como legitima, para que se igualen, y no sean perjudicados en ella; por la misma las que no lo son, y se entregan como parte de mejora, se deben cumular à los de que se ha de deducir el total de ésta, y contemplarse como si existieran entre los hereditarios, para que no sea excesiva, ni las legitimas se disminuyan, como sucede haciendo la cuenta del primer modo explicado en el num. 149. ni tampoco dexe de cumplirse en todo la voluntad del mejorante, que quiso usar, y usó en vida, y muerte (como pudo) de la permision de las leyes. Desvanecido el sofisma

ma de este argumento, y la equivocada inteligencia, è interpretacion dada por los Autores contrarios à las leyes 19. 23. y 25. de Toro, me parece queda respondido à todo quanto agloméran en corroboracion de su opinion, por ser desatendible como sumamente débil, è inconducente, y no venir al caso, y asi omito satisfacer à ello, porque vencido lo mas, lo está lo menos; y destruidos los cimientos, se destruye el edificio.

163 Si el padre por contrato oneroso, v. g. casamiento, ò por el irrevocable, aunque no sea oneroso, mejoró expresa, è indistintamente à un hijo en el tercio de todos sus bienes, y à cuenta de la mejora le entregó parte de ellos: ò si le hizo donacion *propter nuptias*, ù otra con causa, que es conferible, y despues por ultima voluntad le mejoró en dicho tercio, ¿se duda, si para la deduccion de la mejora se deberá, ò no hacer la cumulacion verbal, y numerica de lo entregado al hijo en vida; ò se ha de sacar solamente de los bienes que el testador dexa por su muerte, y luego unir el residuo con lo entregado para dividirlo todo igualmente entre todos los herederos como legitima? Esta dificultad toca el *Señor Castillo* en el *capitulo cit. ex num.* 59. hasta el fin, y en el *lib.* 5. *cap.* 70. como caso ocurrido en la misma Real Audiencia, la qual expone lo resolvió como el anterior, y defiende vigorosamente su decision, siguiendo el propio rumbo, fundandose en las leyes 19. y 23. y mucho mas en la generalidad de la 25. que prohibe se saque mejora de las dotes, y donaciones que se traen à colacion, y particion.

164 Bien sé que la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender; (1) pero no ignoro, que quan-

(1) Ley De pretio, ff. de Publician.

quando por otras se establece otracosa, se debe distinguir, y declarar segun ellas, (1) y que si en algo aparecen contrarias, se deben concordar, y evitar su correccion; (2) por lo que incluyendo, como incluye, la dificultad propuesta dos casos distintos, se deberán resolver de diverso modo, y no confundirse uno con otro. Digo, pues, en quanto al primero, que el ser un hijo solo, ò dos los mejorados, no muda el espiritu de las leyes, ni la sustancia de la disposicion, y mucho menos versando para su resolucion, y decision no solo iguales razones, ò las mismas, sino otra superior, que es el ser mejora expresa (de que no se puede dudar) con tradicion de parte de ella al mejorado en cuenta del total que le puede caber en vida, y muerte. Es asi que quando es tacita, porque la finge la ley, se deben hacer la cumulacion, y computacion referidas. Luego siendo expresa, y como tal no colacionable como parte de legitima, sino de mejora, con mayoría de razon se deberá cumular, porque cesa toda duda, y está clara la voluntad del mejorante, que principió en vida, como pudo, à poner en execucion la mejora con tradicion de parte de los bienes que la habian de componer, para que se concluya en muerte su tradicion con lo que le falte, como si nada estuviera entregado: y no hay razon para que los entregados en este concepto muden el de aquel en que lo fueron, y se unan à los que se han de dividir como legitima, ni ley alguna lo preceptúa, porque no son colacionables como las dotes, y donaciones causales: ni para que à este efecto se quiten

(1) Ley Filius familias, ff. de Obligation. & action. ley 1. ff. ad Macedonian. ley Juris gentium, §. Si paciscar, ff. de Pact. y ley Transigere, & ibi. glos. Cod. de Transact.

(2) Ley Sed, & posteriores, ff. de Legib. y ley Præcipimus, Codic. de Appellatione. Barbosa axiom. 60.

ten al que los tiene ya como suyos, pues esto sería increpable absurdo, y clara injusticia. A mas de que la entrega de parte de la mejora es donacion esenta expresamente de colacionarse como legitima, y la ley 26. incluye este caso en quanto dice: *Para que à él, ni à otro no pueda mejorar mas, &c.* y asi se debe practicar lo propio que en el caso precedente: por lo que en uno, y otro concluyo, diciendo de Escobar, y sus sequaces lo que en el lib. 2. *de Ratiocin. comput.* 1. *n.* 9. dixo en impugnacion de Gomez, y Tello por estas palabras: *Ex quibus manifeste patebit Gomecium, & Tellum in hoc à Scopo veritatis aberrasse*, pues la verdad es lo que Gomez, Tello, y demás referidos siguen: y lo contrario es preocupacion, y divinacion, y no otra cosa, y no se debe mirar à la autoridad del Autor, sino à la razon de su doctrina, como dexo expuesto.

165 Pero para el efecto de hacer esta deduccion es de advertir, que respecto no haber mejora de quinto, se separarán previamente hasta en el importe de éste, y no mas de los bienes que el testador dexe, y no de los entregados à cuenta del tercio, los gastos de su funeral, Misas, entierro, legados, y todo lo demás, que segun la ley 30. de Toro corresponde deducir de él: y de lo que residue se harán la cumulacion, y computacion, porque por el hecho de no haberle mejorado en él, es visto haberlo reservado para disponer à su arbitrio de lo que importase; y separado que sea lo que se deduzca, si queda algo del quinto, se une al resto de los bienes inventariados, como que son de la herencia, los dexó el difunto, y le mejoró en el tercio de todos: y junto todo con lo recibido à cuenta de éste, se vé si el mejorado tiene, ò no que tomar por su mejora, y si no le cabe todo en ella, que reciba el exceso en cuenta de legitima: y si nada sobra

del quinto, tenga paciencia; y esta diferencia de que no se acordó el *Señor Castillo*, es la unica que hay de este caso al anterior, porque no hay mejora de quinto. Previniendo, que si el testador hizo donacion simple à un hijo en vida, y despues por ultima disposicion le mejoró, y à otro en el tercio de sus bienes, partirán ambos igualmente el total de la mejora, recibiendo en cuenta el donatario lo que en vida percibió; excepto que el mejorante mande que dividan con igualdad el importe de la mejora de los bienes que dexe, y que el donatario lleve además lo que le ha donado, pues entonces percibirá esto mas que el otro de ella.

166 Por lo concerniente al segundo caso, que es, quando el testador hizo donacion *propter nuptias*, ù otra conferible al hijo, y se la entregó, y despues le mejoró en el tercio, se girará de otra suerte: y asi se deducirá unicamente la mejora de los bienes, que por muerte del testador se encuentren, sin cumular con ellos para su deduccion la precedente donacion causal que hizo, y entregó al mejorado: Lo primero, porque esta se dió, y anticipó en cuenta de legitima, y como tal es conferible para la igualdad: por lo que se debe unir solamente al acervo destinado para legitimas, por ser de una misma clase, y naturaleza, y no deberse unir, ni aplicar à un fin lo que se dió para otro. Y lo segundo, porque de no practicarse asi, se infringe la ley 25. de Toro, que prohibe sacar el tercio, y quinto de las donaciones precedentes, que se traen à colacion, y particion para que no sean defraudados los donatarios en sus legitimas: y solo en quanto al quinto se observará lo explicado en el numero inmediato, asi por lo respectivo à su deduccion, como à lo que de él se debe baxar, y demás expuesto: y en este caso dice bien el *Señor Castillo*, aunque ni en uno, ni

otro

otro toca cosa alguna acerca del quinto.

167 Si el padre, teniendo v. g. quatro hijos, entrega à cada uno por via de dote, ò donacion *propter nuptias* su legitima corta en el concepto, y con expresion de tal, quedandose solamente con el tercio, y quinto de los bienes que à la sazon posee, y despues mejora al uno de ellos, y no dexa, ni al tiempo de su muerte se encuentran mas bienes que los con que se quedó, parece que la mejora se deberá deducir solamente de estos, y que por consiguiente no se hará computacion, ni unirán las legitimas entregadas para el giro de la cuenta, porque la mejora no se debe sacar de las dotes, y donaciones que se traen à colacion, y particion.

168 Pero no obstante, me parece que se debe distinguir: si el padre al tiempo de su tradicion expresó que se quedaba con el tercio, y quinto, para disponer de ellos integramente con arreglo à Derecho, y que los hijos habian de colacionar sus legitimas, y cumularse à efecto de deducirlos, del mismo modo que si no se las hubiera entregado, se cumularán, y sacará de ellas el tercio, y quinto, porque con este fin se las dió, y en este concepto las recibieron. Mas si faltó la expresion referida, no, porque ya son suyas, y el padre no puede mejorar en bienes agenos, pues lo prohibe la ley 25. de Toro: y asi sin embargo de que por la colacion se constituyen como de la herencia, esto es para la igualdad, y no para deducir de ellas tercio, ni quinto, y que con su cumulacion sea mayor la mejora, por lo que el mejorado llevará el tercio, y remanente del quinto del mismo tercio, y quinto con que su padre se quedó, y el resto se dividirá igualmente entre todos.

169 Legando el ascendiente en ultima voluntad à un hijo, ò descendiente, ò à extraño el quinto de sus bienes, ò

ò disponiendo de él à favor de su alma, ¿ se pregunta si se deberá deducir solamente de los que se encuentran en su herencia quando muere, ò tambien de los que colacionan los hijos, por haberselos dado en vida? Y parece que de todos se deberá deducir: Lo primero, porque debiendose mezclar estos con ellos, para igualarse los herederos, (1) y reputandose unos mismos, porque constituyen una herencia, es consiguiente que de todos se deduzca como de patrimonio del difunto. Lo segundo, porque aunque los hijos sean instituidos con desigualdad en el testamento, de modo que el padre dexe mas à uno que à otro, aquel hijo, que en vida recibió algo de su padre, está obligado à colacionarlo: (2) Luego es claro que si el padre dexa el quinto, debe ser aumentado, y deducido de lo que el otro hijo trae à colacion. Lo tercero, porque por el hecho de conferirse las dotes, y bienes donados, se confunden, y hacen de la herencia, del mismo modo que los que en ella se encuentran: (3) Luego de los conferidos se ha de deducir igualmente, que de los hereditarios, porque se contemplan tambien hereditarios; y à no ser asi, se cohartaria indirectamente à los padres la libre, y amplia potestad que la ley les concede para testar del quinto, la que no se les debe restringir. Lo quarto, porque el precepto de que se colacionen las dotes, y donaciones à la herencia del que las dió, ò hizo, no se limíta à un solo efecto, antes bien habla simple, general, è indistintamente, confundidos ya, y mezclados los

(1) Ley Illam 19. Codic. de Collationib.

(2) Roman. y Fulgos. en la ley Si emancipati n. 9. Cod. de Collationib. & ibi. Alex. al fin. Curt. n. 6. y Corn. n. 14. Decio en la Authent. Ex testamento, quæst. ult. Cod. eod. tit. Gom. en la 29. de Toro n. 5.

(3) Ley 3. §. 1. ff. de Collation. bonor y ley Si soror, Cod. de Collationib.

los bienes colacionados con los hereditarios; luego no deben separarse unos de otros para la deduccion del quinto, sino hacerse de todos; pues si otra cosa quisiera el testador, la hubiera expresado. Y lo quinto, porque quando los padres dotan, ò hacen donaciones à sus hijos, ò hijas sin expresar cosa alguna, es con la tacita condicion de que las colacionen, y traygan à la herencia que dexen, pues la ley con su precepto suple la falta de manifestacion de su voluntad; y la colacion se hace para que lo colacionado se divida, y los herederos sean igualados: y si de las dotes, y donaciones no se pudiese deducir, hubiera sido superfluo el establecimiento de la ley 25. de Toro en contrario en quanto al tercio, y quinto, quando son mejora: luego quando éste no lo es, se debe deducir de todos.

170 Sin embargo de todo lo expuesto, digo, que el quinto, ya lo dexe el testador à un hijo como mejora, ò legado, ò à extraño, ò disponga de él en otras cosas, debe deducirse unicamente de los bienes que tiene quando muere, y no de los colacionados: (1) Lo primero, porque por lo mismo que los dió, y el donatario, ò dotada los recibió, salieron de su dominio, y patrimonio, y pasaron al de estos: por lo que no se debe entender que legó de otros, que de los que tenia al tiempo de su muerte como suyos. (2) Lo segundo, porque jamás se presume que ninguno dispone de lo ageno, sino de lo propio, por-

(1) Tello en la ley 23. de Toro n. 2. vers. Unde teneo. Matienz. en la 7. tit. 6. lib. 5. glos. 2. n. 3. Angul. en ella glos. 2. n. 6. y en la 9. glos. 2. n. 8. Sr. Castill. lib. 4. Controvers. y cap. 16. dichos n. 52. y cap. 35. n. 45. Hermosill. en dicha ley 3. tit. 4. Partid. 5. glos. 6. n. 84. Valasc. de Partition. cap. 19. n. 6. al 17.

(2) Ley 3. §. Sed utrum al fin, ff. de Minorib. ley 1. §. ultim. y ley final, ff. de Dotis collationib. Gamm. decis. 309. n. 10.

porque no puede: (1) y si legase el quinto de lo ya donado, testaria de lo que no es suyo, y está en poder de su dueño. (2) Lo tercero, porque la colacion inducida, y preceptuada por Derecho es unicamente para igualar à los hijos, y que no sean perjudicados en su legitimo haber: (3) y si de los bienes colacionados se detragese el quinto, resultaria desigualdad, porque se les desfalcaba, pues lo que se establece para un efecto, no debe producir otro contrario. (4) Lo quarto, porque aunque se legue el quinto à un hijo, respecto no ser legitima à que tenga derecho, es lo mismo para el caso que si se legára à extraño, con el qual no há lugar la colacion. (5) Lo quinto, porque el quinto es quota de bienes como la legitima, para la qual se debe atender al tiempo de la muerte, como he sentado en el num. 120. por lo que se debe tener igual atencion para él. Y lo sexto, porque para que se haga el cómputo de los colacionados, no milita la razon que quando se hace donacion simple, pues ésta se entiende parte de mejora, y en el exceso de legitima, y por este es colacionable: y no siendolo el quinto, ni teniendo accion à él ningun hijo, cesa el motivo de hacer la colacion. A mas, de que respecto sabía, ò debia saber el testador quando hizo la donacion, que su unica hacienda era el quinto, y que por consiguiente la quinta parte de lo donado era suya, y no obstante la donó, es visto haber querido por lo mismo que el donatario la llevase, y reserva-

(1) Ley Conficiuntur, §. Si post factum, ff. de Jure codicillor. Authent. Ingressi, Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(2) Ley Doce ancillam, Cod. de Rei vindication. y ley In rebus 30. Cod. de Jure dotium.

(3) Ley Ut liberis, Codic. de Collationib.

(4) Ley Legata inutiliter, ff. de Adimend. legat.

(5) Ley A patre, Cod. de Collationib. ibi. Extero jure.

vado unicamente para testar el quinto de los bienes que se hallasen quando falleciese: por lo que los colacionados se entenderán entregados à los colacionantes por via, y en parte de legitima, ò mejora, segun sean, y hayan intervenido, ò no las causas para su donacion. Lo qual entiendo, excepto que al tiempo de dar la dote, ò hacer la donacion, exprese, y conste en ellas que las han de colacionar, y computar, para de todo el cúmulo sacar el quinto, y disponer de él à su arbitrio, pues en este caso habrá lugar la computacion, y deduccion de su importe, igualmente que de los bienes inventariados por su muerte, como en quanto à la mejora senté en el num. 168. por la razon alli expuesta.

171 Evacuado el primer particular de este parrafo, resta explicar el segundo, que es; si en la computacion para deducir la mejora de tercio, y quinto se ha de incluir, ò no la quarta marital. Y para instruccion del Contador debo sentar, que quando la muger viuda queda tan pobre al tiempo de la muerte de su marido, que no tiene bienes propios con que alimentarse, ni éste la dexa con que vivir, segun su calidad, y sus hijos son ricos por haber heredado mucha hacienda de su padre, la toca por concesion legal, y puede llevar la quarta parte de los bienes que dexe, con tal que no exceda de cien libras de oro. Asi lo dice la ley 7. tit. 13. Partid. 6. cuyo literal tenor es éste: *Paganse los omes à las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa, è derecha es, pues que las aman, è las honran en su vida, que non finquen desamparadas à su muerte: è por esta razon tuvieron por bien los Sabios antiguos, que si el marido non dexase à tal muger en que pudiese bien, è honestamente vivir, nin ella lo obiese de lo suyo, que pueda keredar fasta la quarta par-*

te de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar mas de cien libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta obiese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non há de manda ninguna en los bienes del finado en razon de esta quarta parte. De modo que la concesion de esta ley parece se funda en la riqueza del marido, en la pobreza de su muger, y en la obligacion de sus hijos à alimentarla, para que viva con el honor que corresponde, quando su marido no la dexó con que vivir honesta, y decentemente, segun su calidad, y asi para que haya lugar, concibo se requieren copulativamente dos cosas: La una, que el marido sea rico, y por consiguiente que su herencia produzca à sus descendientes lo suficiente para alimentarse con moderada decencia: Y la otra, que su viuda sea pobre, y él no la haya dexado lo competente para su congrua sustentacion; y que faltando alguno de estos dos extremos, no habrá lugar. Previniendo, que cada una de estas libras hace setenta y dos castellanos, ò sueldos de oro, y cada uno de estos valia 485. maravedis de los presentes: acerca de lo qual vease à Escobar *de Ratiocin. computat.* 1. *n.* 16. *y* 17. *y comput.* 25. y à los que cita.

172 Corresponde à la viuda pobre la quarta marital, aunque con su trabajo pueda alimentarse, porque se la concede en honor, y por consuelo del matrimonio perdido, para que conserve casta viudedad: y aunque despues adquiera bienes de otra parte, no por eso la perderá, porque se atiende al tiempo de la muerte de su marido, y no al ulterior, por ser este eventual: (1) y asimismo la cor-

(1) Decio in Authent. Præterea, col. fin. vers. Ex prædictis, y consil. 24. Sr. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 13. Partid. 6. glos. 6. Siguenz. de Clausul. lib. 2. cap. 11. §. 29. n. 191.

corresponde, sin embargo de que la legue el quinto, mande que se contente con él, y la prohiba pedir mas, si éste, ù otro legado que la haga, no es suficiente para sus honestos, y decentes alimentos, porque es debito contraido al tiempo que se casó sin dote, y como tal necesario, y asi la ha de llevar en dicho caso. (1) Pero dexandola el usufructo de sus bienes, ò legado competente para mantenerse, no tiene derecho à ella, porque cesa el motivo de su concesion, que son la necesidad, y los alimentos. (2)

173 Esta quarta parte se entiende quando los hijos son tres, ò menos, pues si fueren mas, no la llevará integra la viuda, y solamente se igualará à los hijos, partiendo entre todos la herencia, ya estos sean procreados por ambos, ò habidos por el marido en otro matrimonio, como se prueba de la Autentica *Præterea*, Cod. *Unde vir, & uxor.* que en su primera parte dice: *Præterea si matrimonium sit absque dote, conjux autem præmoriens locuplex sit, superstes vero laboret inopia: succedat unà cum liberis communibus, alteriusvè matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores, quod si plures sint, in virilem portionem*; bien que la Ley de Partida inserta no distingue, por lo que parece no debemos distinguir, ya sean tres, ò mas.

174 Bolviendose à casar la viuda dentro, ò fuera del año, está obligada à reservar à los hijos la propiedad de la quarta, y asi gozará solamente de su usufructo mientras viva; pero no habiendolos, la hace suya, como prosiguiendo lo dice la misma Autentica, ibi: *Ut tamen ejusdem*

(1) Sr. Greg. ibi. glos. 5. y 9. Bart. y Curt. Junior in Authent. cit. Tello en la ley 9. de Toro n. 31. y 32. Angul. en la 9. tit. 6. lib. 5. glos. 2. n. 17. y 18.

(2) Sr. Greg. ibi. glos. 4. Decio ibi. col. 2.

dem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem. (1) Y si durante su viudedad vive deshonestamente, la pierde, y debe restituirla à los hijos, (2) al modo que el lecho quotidiano, los gananciales, y lo que el marido la lega.

175 Supuesto como indubitado lo explicado, digo, que para la deduccion del tercio, y quinto no se ha de computar esta quarta marital, antes bien como deuda necesaria contra los bienes del marido se debe baxar de estos primero que se haga la deduccion de la mejora, segun se practíca con las demás deudas que dexa quando fallece, porque no es donacion que hace à su muger, sino debito que contrae à su favor en fuerza de la concesion legal, por el hecho de casarse con ella, siendo pobre, à cuyo importe adquiere derecho là muger en caso que no la asigne lo suficiente para sus decentes alimentos mientras subsista viuda. (3) Lo qual se debe observar sin disputa quando se contraxo antes de hacer la mejora.

176 Y si el marido mejoró irrevocablemente à un hijo de su anterior matrimonio antes de casarse segunda vez, parece que se computará la quarta para deducir la mejora, y que despues de deducida ésta se sacará aquella del residuo, porque el mejorado ya tenia adquirido derecho à la mejora del total de los bienes de su padre quando

(1) Acev. en la ley 4. tit. 1. n. 17. lib. 5. Recop. Siguenz. ibi. n. 194. Angul. en la ley 9. cit. glos. dicha n. 13. y 14.

(2) Palac. Rub. in Repetition. cap. Per vestras in Rubr. col. 372. al fin. Siguenz. ibi. n. 193.

(3) Tello en la ley 25. de Toro n. fin. vers. Pro complemento. Segur. in Repetit. leg. Cohæredi, §. Cum filiæ, fol. 30. col. 3. y 4. Gom. Arias en la 32. de Toro n. 19. al fin.

do se bolvió à casar, y la viuda pobre no revoca las donaciones anteriormente hechas. (1)

177 Pero no obstante, no la disminuirá, porque aunque la donacion sea irrevocable, sirve solamente la irrevocacion, para que el hijo no dexe ya de ser mejorado, ni de percibir la mejora quando fallezca su padre, mas no para disminuir la quarta, porque ésta es debito necesario contraido antes de su muerte, y aquella se ha de graduar atendidos los bienes efectivos, y propios del testador al tiempo que fallece: y como entonces ya está contraido el debito de la quarta, y su importe no es suyo, sino de su viuda, por eso se debe sacar antes que la mejora, ya sea hecha à hijo del anterior matrimonio, ò del mismo. (2)

178 Lo qual entiendo quando no intervino tradicion de parte de la mejora al mejorado antes de casarse el mejorante, pues si la hubo, no se cumulará, ni computará su importe, respecto à que quando se contraxo el debito ya era dueño el mejorado de lo que se le había donado, y no pudo estar obligado à las deudas del mejorante, por lo que se sacará unicamente la quarta de los bienes que el testador tenga al tiempo de su muerte, y no de los que al de contraer matrimonio ya no eran suyos. En quanto à si compete, ò no al marido pobre la quarta, veanse los Autores citados, y lo explicado en mi primera parte cap. 1. §. 21. Y por lo concerniente à si succediendo este en ella estará, ò no obligado à satisfacer los gastos funerarios de su muger de lo que importe, ò se ha de deducir primero la quarta para él, y luego el quinto, y de este

(1) Corn. consil. 178. vol. 2. Socin. consil. 108. vol. 1. Señor Greg. Lop. ibi. glos. 9.

(2) Angul. en dicha ley 9. glos. 2. n. 9. al 11. Escobar de Ratiocin. comput. 1. n. 14. y 15.

te pagarse, vease à Angulo en la ley 13. glos. 3. ex num. 30. al 34. que contra Castillo defiende que primero se ha de sacar la quarta, que el quinto, por ser deuda, y cosa agena, y con su dictamen me conformo.

CAPITULO IV.

DE LA SUCCESION EX TESTAMENTO de los ascendientes à sus legitimos descendientes.

SUMARIO.

§. I.

1. *LOS ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes legitimos, como estos de ellos en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, à falta de descendientes.*

2. *En la linea de ascendientes no debe hacerse separacion de bienes en quanto à succeder à sus legitimos descendientes.*

3. *No solo succederán los ascendientes à sus descendientes legitimos, careciendo estos de hijos, ò descendientes, sino aunque los tengan, si con causa legal los exheredan, è instituyen à extraño.*

4. 5. *¿En qué cosas, y casos no succederán los ascendientes à sus legitimos descendientes?*

6. *Habiendo hecho el hijo casado, y su muger pacto reciproco de que el superstite succediese al que premuriese sin hijos, ¿si se succe-*

cederán, ò no, teniendo ascendientes?

7. 8. *Entre los ascendientes no há lugar la colacion, ni la representacion, quando se trata de succeder à sus descendientes.*

9. *Aunque los descendientes carezcan de descendientes legitimos, no los heredarán sus legitimos ascendientes, si tienen otros que hayan derecho de heredarlos.*

§. II.

10. 11. 12. *PUeden disponer los descendientes legitimos del tercio de sus bienes de qualquier calidad que sean, en perjuicio de sus ascendientes, aunque estén baxo de la patria potestad.*

13. 14. *¿Qué cosas se incluyen, ò no en el nombre de funeral?*

15. 16. 17. 18. *¿Si los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados, que el descendiente hace, se han de deducir, ò no del referido tercio?*

19. 20. *¿Si los descendientes podrán, ò no consignar el tercio, dexandolo à extraño?*

21. *El hijo que está baxo de la patria potestad, puede disponer del tercio de sus bienes en propiedad, y usufructo.*

22. *¿En qué casos puede el hijo disponer de todos sus bienes, aunque su padre viva, y no tenga descendientes?*

§. III.

23. *EN los Pueblos en que se observa algun fuero, ò costumbre, ¿cómo se succede en los bienes troncales?*

24. *¿Qué cosas se requieren para que el fuero haya, ò no lugar?*

25. *¿Quién estableció este fuero?*

26. 27. *¿Quál es la razon originaria de este fuero?*

28. 29. *¿Qué bienes raices deben bolver al tronco, segun este fuero, y si en ellos se incluyen, ò no los censos redimibles?*

No

30. *No se estiende este fuero à bienes existentes fuera del territorio en donde se usa, ni à personas de quienes no habla.*

31. *El heredero de los bienes troncales, y el de los demás pagarán à prorrata las deudas del difunto, y no el troncal solo.*

§. I.

SI LOS ASCENDIENTES SUCCEDERAN ò no ex testamento à sus descendientes legitimos en todos sus bienes; y si entre ellos habrá, ò no lugar la colacion.

1 ASI como por todos Derechos son herederos forzosos de sus ascendientes los descendientes legitimos; asi tambien por el positivo solamente lo son aquellos de estos ex testamento: (1) de modo, que no interviniendo, y probandose alguna de las ocho causas legales que expliqué en el cap. 1. de mi primera parte §. 16. n. 184. no pueden exheredarlos; pues por derecho hereditario deben ser instituidos, y succederles en todos sus bienes libres, y partibles de qualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses, ni quasicastrenses, no teniendo legitimos descendientes, ò que hayan derecho de les heredar los referidos descendientes difuntos, segun se prueba de la ley 6. de Toro, que es la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Los ascendientes legitimos por su orden, y linea derecha succedan ex testamento, & abintestato à sus descen-*

(1) Ley Nam, & si parentibus, Cod. de Inofficios. testam. & ibi. Barbos. Authent. de Hæredibus, & falcidia §. 1. collat. 1. y Authent. Ut cum de Appellation. §. Illud quoque capitulum collat. 8. Guerreir. de Divis. lib. 3. cap. 1. n. 2.

cendientes, y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes à ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ò descendientes legitimos, ò que hayan derecho de los heredar. Y lo propio milíta, ya sean, ò no ganados *intuitu Ecclesiæ*, que es por Dignidad, Beneficio, ò renta Eclesiastica, pues succederán en ellos igualmente, por estar mandado se observe la costumbre que hay en estos Reynos de succeder en ellos ex testamento, y abintestato, como en los patrimoniales, segun lo ordena la ley 13. del mismo tit. y lib. que dice: *Por quanto en estos Reynos hay costumbre muy antigua que en los bienes que los Clerigos de Orden Sacro dexaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razon de alguna Iglesia, ò Iglesias, ò Beneficios, ò rentas Eclesiasticas, se succeda en ellos ex testamento, y abintestato como en los otros bienes que los dichos Clerigos tuvieren patrimoniales habidos por herencia, ò donacion, ò por manda, mandamos que se guarde la dicha costumbre.*

2 En esta succesion no se debe hacer distincion, ni separacion de bienes entre los ascendientes. Quiero decir, que los bienes que el hijo, ò descendiente hubo, y heredó de su padre, y abuelo, ò por su causa, y atencion buelvan al padre, ò ascendiente por la linea paterna, y los que adquirió de su madre, y abuela materna, ò por su respecto, à los de esta linea, si no que ya los haya adquirido por una sola, ò por ambas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes: (1) y solo se debe

(1) Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 7. y glos. 5. n. 1. Gom. en la ley 6. de Toro n. 8. vers. Sed his non obstantibus. Salicet. Petr. & Cin. in Authent. Itaque, Cod. Communia de Succes. Bald. consil. 31. vol. 2. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 4. n. 1. y 2. Sr. Greg. Lop. en la ley 4. tit. 13. Partid. 6. glos. 2. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro glos. 6. n. fin.

mirar à que se hallen en igual grado, y éste sea el mas cercano; pues aunque haya muchos de varios grados, v. g. abuelos, visabuelos, si hay otro, ò mas de grado inmediato, v. g. padre, y madre, ò padre, ò madre solamente, no heredarán los mas remotos, sino el inmediato, ò inmediatos iguales en grado (que son el padre, ò madre) al descendiente: porque en las succesiones, ya sean ex testamento, ò abintestato se atiende à la prerrogativa del grado, y proximidad de parentesco. (1)

3 No solo succederán los ascendientes à sus legitimos descendientes careciendo estos de hijos, ù otros descendientes legitimos, sino aunque los tengan, si con causa legal probada los exheredan, è instituyen à un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quexandose de la pretericion, y pretendiendo se les declare por herederos, y excluya al extraño instituido, y lo conseguirán, y entrarán en la herencia; (2) bien que la tercera parte de ella, que es lo de que dicha ley 6. de Toro les permite testar, (como en el numer. 10. diré) será para el extraño.

4 Pero no succederán los ascendientes en los bienes de mayorazgo, ni en el enfiteusi, porque estos no se defieren por derecho hereditario, sino de sangre; à menos que otra cosa esté dispuesta en su constitucion. (3) Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre, y abuelo

(1) Ley 6. de Toro, ibi: *Por su orden, y linea derecha*, y ley 4. tit. 13. Partid. 6.

(2) Ley Pater filium, ff. de Inofficios. testam. & ibi. DD. & Gutier. in Repetit. ejusdem leg.

(3) Bald. in Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian. Matienz. en la ley 1. glos. 3. n 11. y glos. 5. n. 2. tit. 8. lib. 5. Recop. Sr. Greg. Lop. en la ley 7. verb. Los que suben, tit. 26. Partid. 4. y en la 4. glos. 1. tit. 13. Partid. 6.

lo no succeden al hijo, ò nieto que tiene feudo, y muere sin hijos. (1)

5 Tampoco succederán los ascendientes à sus descendientes quando renunciaron con juramento la herencia, y derecho hereditario que tenian à sus bienes. (2) Ni quando el hijo dispone de todos sus bienes à favor de otro qualquiera, y para ello precede licencia jurada de su padre. Ni quando éste consiente el testamento, en que su hijo lo preterîe, y dexa à otro por su heredero, ò dispone integramente de sus bienes por su alma, ò en otra cosa. (3)

6 Si el hijo casado, y su muger hicieron pacto reciproco de que el superstite habia de succeder al que premuriese, en todos sus bienes, en caso de no dexar descendientes legitimos, ¿se duda si este pacto valdrá, y excluirá à los ascendientes del muerto? Y se dice que sí: sobre lo qual veanse los Autores, (4) pues por no importar al Contador, ni tocar à este tratado, omito exponer las razones en que se afianzan.

7 Entre los ascendientes no há lugar la colacion, como entre los descendientes, porque ningun Derecho la preceptúa, segun he sentado en el cap. 3. de este lib. n. 19. y asi, aunque un hijo, ò nieto haya dado en vida à su padre, madre, ò abuelo algunos bienes, ò cantidad en mucha, ò poca suma, y nada al otro ascendiente, que es-

(1) Cap. 1. de Natur. succes. fœud. ley 7. tit. 26. Partid. 4. & ibi. glos. cit.

(2) Acev. en la ley 1. n. 65. al 69. tit. 8. lib. 5. Recop. Gutier. in cap. Quamvis pactum de Pact. in 6.

(3) Gutier. y Acev. ubi supr.

(4) Palac. Rub. in Repet. Rubr. de Donation. inter vir. & uxor. §. 50. col. 5. Suar. in leg. Quoniam in prioribus, vers. Præterea, ampliat. 6. n. 6. Cod. de Inofficios. testam. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. cap. 3. n. 25. y 26. Castill. in Proem. leg. Taur. n 4. y 5.

está en igual grado, lo mismo heredarán el uno que el otro de los que dexe, si los premuere. (1)

8 Tampoco há lugar entre ellos la representacion, quando se trata de succeder à sus descendientes, porque estos heredan por Derecho divino, natural, y positivo, y aquellos por este solamente; y porque se presume que han de morir primero como mayores en hedad, y la ley imita à la naturaleza, y asi ninguna ordena, ni previene que la haya. (2)

9 La succesion de los ascendientes legitimos à sus descendientes procede, no solo quando estos carecen de legitimos descendientes, sino tambien de *otros que hayan derecho de heredarles*, pues teniendolos, no los heredarán, por excluirlos dicha ley sexta. Y los que tienen este derecho son el hijo natural legitimado por el subsequente matrimonio, y el espurio por rescripto del Principe, los quales una vez legitimados, heredan à sus padres, y obtienen todos los privilegios de hijos legitimos, y verdaderos ex testamento, abintestato, y contra testamento, y son preferidos à los ascendientes. (3) Y tambien lo es el substituto pupilar; pues si el padre substituye pupilarmente en sus bienes à su hijo impubere, y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el substituto, y no su madre, ni otro ascendiente, à quienes abintes-

tá-

(1) Decio in leg. Si emancipati, Cod. de Collation. n. 8. Morquech. dicho cap. 4. n. 8. Gom. en la ley 29. de Toro n. 9. vers. Sed his non obstantibus.

(2) Tello en la ley 6. de Toro n. 5. al 7. Gom. en ella n. 7 y Palac. Rub. n. 9. Sr. Covar. in Epitom. succes. n. 3. vers. Quarta assertio. Matienz. en dicha ley 1. y glos. 3. tit. 8. n. 12.

(3) Acev. ibi. n. 64. Matienz. ibi. glos. 6. Avendañ. en la ley 6. de Toro glos. 9. Gom. en ella n. 10. Morquech. de Division. lib. 4. cap. 6. n. 17. al 24. n. 26. al 29. y n. 31. y sig.

tato tocaba heredarle, (1) como he sentado con legal apoyo en el cap. 1. de mi primera parte §. 8. en donde trato de esta substitucion, lo qual parece duro, porque cede en perjuicio de la madre; pero mientras no se derogue la disposicion legal, es indubitable que valdrá, y se lleva à debido efecto.

§. II.

DE QUE PARTE DE SUS BIENES pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legitimos ascendientes; y si de ella se han de sacar, ò no los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados.

10 SIN embargo de la conclusion sentada en el numero primero, no succederán ex testamento los referidos ascendientes à sus descendientes en todos sus bienes libres contra su voluntad; pues en su perjuicio pueden disponer en vida, ò muerte por su alma, ò en lo que quisieren, de la tercera parte de ellos, como prosiguiendo lo dice la misma ley 6. de Toro, ibi: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ò hacer qualquiera ultima voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren*::: y asimismo pueden poner en ella las honestas, y posibles condiciones que les parezca, y gravarla, ya la dexen à alguno de los ascendientes que le han de heredar,

(1) Ley Si testamento 7. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. y leyes 6. tit. 5. y 3. al fin, tit. 9. Partid. 6.

dar, ò à extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede imponer en el quinto, por la propia razon. Previniendo, que esta tercera parte se entiende de lo liquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

11 Se entiende lo expuesto en el numero inmediato, ya esté, ò no el hijo baxo de la patria potestad; pues teniendo edad legitima para testar, y bienes de que disponer, puede hacer testamento, como si estuviera fuera del poder de su padre, porque para este efecto se hace *sui juris*, y se lo permite la ley 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 5. Recop. y dice: *El hijo, ò hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda hacer testamento, como si estuviera fuera de su poder.* Cuya ley corrige, y deroga lo que en esta parte estaba ordenado por Derecho comun, y de las Partidas. (1)

12 Y aunque las leyes 6. y 7. tit. 17. Partid. 4. insertas en el cap. 1. de mi primera parte num. 131. permiten al hijo disponer en propiedad, y usufructo de todos los bienes castrenses, y quasicastrenses que le pertenecen; están derogadas por la absoluta amplitud que contienen las palabras: *En todos sus bienes de qualquier calidad que sean*:: de la referida ley 6. de Toro: y asi solo podrá disponer del tercio de ellos, al modo que de los adventicios, y en los demás le heredarán sus ascendientes, pues la ley que habla generalmente, generalmente se debe entender. (2) Y lo mismo entiendo de los bienes que el Rey dona al

(1) Ley Qui in potestate 6. ff. de Testam. leyes 11. y 12. Cod. Qui testamenta facere pos. y ley 13. tit. 1. Partid. 6.

(2) Ley De pretio, ff. de Publician. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro glos. 7. n. 5. Sr. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. Partid. 4. glos. 8. vers. *Hodie* hasta el fin.

al descendiente, porque son como castrenses, y milita igual razon, y de los adquiridos *in tuitu Ecclesiæ*. (1) En quanto à si este tercio se ha de deducir, ò no de los bienes de los hijos del primer matrimonio muertos, que el padre, ò madre deben reservar al hermano que los sobrevivió, y lo legó, vease lo que expondré en el capitulo siguiente numer. 12.

13 De la precedente disposicion de la ley 6. de Toro nacen tres dudas, que toqué en dicho cap. 1. ex num. 122. al 130. y repetiré aqui, como en lugar oportuno. La primera, si los gastos del funeral, y entierro del descendiente, Misas que manda celebrar, y legados que hace, se han dededucir, ò no del tercio, de que dispone, ò del cuerpo de los bienes que dexa. Y para dar solucion à ella, es indispensable saber, ¿qué se entiende por funeral, y entierro, y qué gastos, de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él? Y digo, que por funeral, y entierro se entiende el habito con que se amortaja el cadaver, la caxa atahud, la cera que le alumbra mientras está en su casa de cuerpo presente, y en la Iglesia hasta que se le sepulta; la limosna de la Vigilia, Misa, Responsos, ofrenda, y demás derechos Parroquiales; los clamores, la apertura de la sepultura, el sepultarlo; la conducion del cadaver à la Iglesia, ya sea en público con acompañamiento, ò de secreto sin él; el velarlo, y amortajarlo, y algunas otras cosas, sin las quales, segun el estilo del Pueblo, carácter, circunstancias, y haberes del difunto, no se puede hacer el entierro; y los gastos que en todo esto occurren, son preferidos à todas las deudas que el testador contraxo en su vida, siendo moderados, porque si son excesivos, los ha de moderar el

(1) Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 4. n. 18. al 23.

el Juez de su domicilio, atendido su caudal, y calidad, (1) en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores, pues habiendo que heredar, se arreglarán à él sus herederos, y gastarán lo que les parezca.

14 Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos, ni viuda, y asi cada heredero hará à sus expensas el suyo, como que cede en su privativa utilidad, y no del legatario del tercio, ni quinto, porque no es preciso, y ninguna ley manda traerlo, segun dexo sentado en el cap. 6. num. 52. al 54. lib. 1. de este tratado. Ni tampoco se incluyen las expensas de la ultima enfermedad, hechas en medicinas, Medico, Cirujano, alimento del difunto, &c. porque las hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida ésta: por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demás deudas que contraxo antes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores à quienes competa el percibo de su importe, sin embargo de que otros sean anteriores, y privilegiados, (2) como en el lib. 3. §. 2. de esta segunda parte diré.

15 Supuesto como indubitado lo referido, digo, que hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una afirma, que los gastos funerarios deben deducirse del tercio, por las mismas razones, que habiendo descendientes, del quinto, y entregarse las otras dos terceras partes al ascendiente, ò ascendientes herederos, sin gravamen, ni descuento alguno como legitima suya, que por derecho posi-

(1) Ley Et si quis 14. §§. 3. 4. y 6. y ley Funeris sumptus 37. ff. de Religios. & sumptib. funer. y leyes 12. tit. 13. Partid. 1. y 30. al fin tit. 13. Partid. 5.

(2) Acost. de Privileg. credit. reg. 2. ampliatio 1. n. 20. y 21. Ayor. de Partition, part. 2. quæst. 12.

sitivo le pertenece; de cuyo dictamen son *Castillo*, *Gutierrez*, *Angulo*, *Matienzo*, y otros. (1)

16 La otra opinion dice, que se deben deducir del cuerpo de caudal del difunto, y de este modo pagan los herederos, y el legatario del tercio à proporcion como interesados en su respectiva quota de herencia, porque el entierro, y lo anexo, y preciso para él es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, à cuya solucion están sujetos omnimoda, è indistintamente todos sus bienes: y el residuo se debe dividir entre el legatario, y los herederos, al modo que quando la dote de la hija buelve à su padre, por haber muerto sin succesion, está obligado éste à enterrarla, como su heredero, ò quando son muchos los herederos, contribuyen todos à prorrata. Y de este dictamen es *Garcia de Expensis cap. 8. num. 49. y 50.* citando à *Palac. Rub.* que se halló presente à la creacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprehendida esta especie en la 30. ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella: y añade, que Castillo mas bien reflexionado corrige su primer dictamen en la citada ley 30.

17 Ratificandome en esta ultima opinion, por las razones que aduce el mismo Garcia, y otras que expuse en el cap. 1. de mi primera parte n. 125. y 126. cuya repeticion omito por evitar duplicacion, y sin embargo de la suma recomendacion, aprecio, y veneracion que se concilian la profunda literatura, y autoridad del Ilustrisimo

(1) Castill. en la ley 6. de Toro, verb. *Por su alma.* Gutier. in leg. Nemo potest n. 93. y lib. 2. Pract. quæst. 71. Angul. de Meliorat. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. glos. 3. n. 2. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 8. n. 2. Sr. Covar. in cap. Raynaldus, §. 3. n. 2. al medio. Tell. en la ley 30. de Toro n. 6.

mo Señor Covarrubias, y sus sequaces, digo, que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra qualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio, y asi lo he practicado, y con mi dictamen se practicó, y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos Legistas, que sin apoyo legal terminante, ni razon convincente decian lo contrario.

18 Pero en quanto à las Misas, mandas, y demás de que disponga el testador (acerca de lo qual nada dicen, ni explican con distincion los Autores) soy de sentir, que se deben deducir del tercio, y no del cuerpo de bienes: y la razon es clara por la disparidad que media; y consiste lo primero, en que los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de Derecho público como deuda preferida à todas: por lo que aunque el testador prohiba que se le entierre, ò que se paguen, se tendrá por irritante, y no escrito este precepto, y como tal no será obedecido. Y lo segundo, porque la ley 6. de Toro le permite testar del tercio por su alma, ò en lo que quisiere; y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario: pues de no practicarse asi, se infringiria la ley, daria al descendiente mas potestad que la que ésta le dá, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley ninguna mencion hace con los de las Misas, legados, y demás en que le concede facultad expresa para invertir el tercio. Todo lo qual concibo ser la verdad, que constantemente debe defenderse, y seguirse *in judicando*, *& consulendo*, y no lo contrario. Lo que tendrá presente el Contador, para hacer sin agravio de los interesados la respectiva deduccion, segun corresponde.

La

19 La segunda duda (que para mí jamás lo fue) consiste en si los descendientes podrán consignar el tercio, dexandolo à alguno de sus ascendientes, ò à extraño. Y *Antonio Gomez en la ley 19. de Toro num. 4.* dice, que si lo dexan à ascendiente, pueden, mas no, dexandolo à extraño: lo uno, porque los ascendientes deben haber su legitima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario sería imponerles gravamen. Y lo otro, porque dicha ley 6. no lo dice, ni otra alguna.

20 Yo venerando, como debo, su dictamen, digo, que ya lo dexe à ascendiente, ò à extraño, puede consignarlo: Lo primero, porque la ley no lo prohibe, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto dexarle el tercio, no como legitima que se le deba, sino como legado voluntario. ¿Y si à éste no, por qué à aquel sí, mediante no hablar de ninguno la ley? No hallo razon de diferencia, por lo que, ò à entrambos, ò à ninguno lo ha de poder consignar. Y lo tercero, porque quando versa identidad de razon, debe obrar la misma disposicion legal: (1) es asi, que quando el ascendiente dexa el quinto à extraño, lo puede consignar, no obstante ser heredero de prerrogativas mas excelentes que el su descendiente, como dexo sentado: luego no solo con igual, sino con superior razon puede consignar el tercio quando lo dexa à extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposicion para uno que para otro.

21 Y la tercera duda se reduce, à si el hijo que está baxo de la patria potestad podrá disponer del tercio de sus

(1) Ley A Titio, ff. de Verbor. obligation. y ley Illud, ff. ad leg. Aquil.

sus bienes en propiedad, y usufructo, ò solamente en propiedad, y si éste ha de quedar, ò no reservado al padre mientras viva. Sobre lo qual hay discordia de pareceres, y los mas son de sentir, que solo en propiedad puede disponer, para que el padre no sea perjudicado en el usufructo que tiene adquirido. Pero adheriendome al de *Gomez* en dicha ley 6. num. 13. vers. *Contrariam tamen sententiam*::: y de otros que le siguen, por las razones en que se afianzan, y omito à beneficio de la brevedad, por no importar al Contador, digo, que puede disponer en propiedad, y usufructo; y asi se observa en la práctica, como senté en el cap. 1. de mi primera parte §. 7. numer. 130.

22 Puede el hijo disponer tambien de sus bienes en propiedad, y usufructo, quando su padre entró en Religion, y profesó, ò por ser disipador, se le quitó la administracion de los bienes de su hijo, ò por delito que cometió, es *deportado*, que se llama asi el desterrado para siempre à las labores del Rey, v. g. Presidio, Arsenales, Minas, Galeras, Carcel perpetua, ò quando es *banído*, ò *encartado*, que es el prófugo por delito, y porque no parece, se le emplaza por Edictos, y en reveldia es condenado, en cuyos casos espira el usufructo, y despues de extincto no renace: acerca de lo qual vease à *Morquech.* de Divis. lib. 4. cap. 4. num. 30. al 40. y à los que cita.

DE

§. III.

DE LA SUCCESION DE LOS BIENES troncales en los lugares en que se observa algun fuero, ò costumbre.

23 NO en todos los Pueblos de estos Reynos de Castilla está en vigorosa observancia el precepto general de la ley 6. de Toro, pues hay muchos, en los quales se succede de otro modo en los bienes raices patrimoniales; por lo que la misma ley los exceptúa, dexando en su fuerza, y vigor el fuero municipal, ò uso, y costumbre de succeder en los que en ellos existen, segun se prueba de los ultimos periodos de su contexto, que à la letra dicen: *Lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, dó segun el fuero de la tierra, se acostumbran tornar los bienes al tronco, ò la raiz à la raiz.*

24 Y para la inteligencia de lo expuesto, es de advertir lo primero, que es preciso se pruebe claramente el uso, y observancia del fuero, (1) porque el uso, y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega. (2) Lo segundo, que el precepto de esta ley se entiende abintestato, y no ex testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar. (3) Lo qual

(1) Suar. in Proem. leg. Fori artic. 6. Burg. de Paz en la ley 1. de Toro n. 108. Sr. Greg. Lop. en la 7. tit. 2. Partid. 1. glos. 4.

(2) Ley 2. Cod. de Jur. & fact. ignorant. Rodrig. Suar. in Proem. cit. verb. Hoc præmisso. Sr. Greg. Lop. ibi.

(3) Bald. in leg. 1. n. 5. Cod. de Legitim. hæredib. & in leg. fin. Cod. de Pact. Roxas in Epitom. succession. cap. 30. n. 11. Gom. en la ley 6. de Toro n. fin. vers. Sed his non obstantibus. Castill. en ella, verb. El fuero de la tierra. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 9. n. 2. y 3.

qual se limíta en caso de que la costumbre sea de bolver los bienes al tronco, y la raiz à la raiz, pues entonces procederá tanto ex testamento, como abintestato. (1) Y lo tercero, que no es suficiente que el fuero comprehenda al Pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse, y guardarse, y en otros terminos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordena la ley 1. de Toro, ibi: *Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, ansi del fuero de las leyes, como la de los fueros municipales, que cada Ciudad, Villa, ò Lugar tuviere, en lo que son, ò fueren usadas, è guardadas en los dichos Lugares, y no fueren contrarias à las dichas leyes de Ordenamientos, y Pragmaticas*:: y se prueba tambien de la ley 6. ibi: *Dó segun el fuero de la tierra, se acostumbran tornar.*

25 Este fuero se usa en muchos Pueblos de Castilla; y segun refieren los Autores, se halla en la Villa de Sepúlbeda, y fue creado por los Señores Reyes Don Alonso, y Doña Inés en el año de 1114. à presencia de varios Proceres de su Reyno que lo subscribieron, y su tenor dice: *Otrosi, todo ome que hubiere de heredar, asi herede el mas cercano pariente herede, y que sea en Derecho, asi como la ley manda, è que no sea fecho en barragana; fueras ende si fuere fecho fijo por consejo, aplaciendo à los parientes que habian de heredar el padre, ò la madre onde viene el heredamiento, y la raiz à la raiz se torne onde viene el heredamiento, esos los hereden como lo deben heredar*; y los que parece concurrieron à su establecimiento, segun se estilaba, asi para los fueros, como para los privilegios rodados, que los Señores Reyes concedian, y confir-

(1) Avendañ. en la ley 6. de Toro glos. 11. n. 8.

firmaban los Magnates de su Corte, fueron los siguientes:

Bermudo Bermudez.
Señor Diagalvarez.
Diego Gonzalez.
Rodrigo Diaz.
Pero Morielez.
Cide Diaz.
Pedro Fernandez.
Stephanus Titislavif.
Reyna Doña Inés.
Gomez Gonzalvez.
Albar Gonzalvez.
Fan Fañez.
Gonza Gonzalvez.
Diego Morieles.
Fruela Muñez.
Rodrigo Gonzalez.
Don Alfonso Rey.

Cuyo fuero está tan obscuro, que apenas se deduce de su contexto lo que ordena, y era indispensable, si posible fuese, que los mismos que lo establecieron, viniesen à declarar lo que tuvieron animo de disponer; por lo que habiendo procurado indagar por medio de un letrado, y de otros prácticos, en donde se usa, cómo se succede, y à este fin propuestoles diversos casos, ya entre ascendientes, y descendientes ex testamento, y abintestato, ya entre colaterales, y ya entre marido, y muger, no puede conseguir respuesta categorica, antes sí que en iguales casos habia habido decisiones, y executorias contrarias: y asi me veo precisado à tocar unicamente de paso lo que me enseñaron los libros que leí, pues aunque de intento pasára à cada Pueblo à instruirme à fondo de lo que en cada uno se observa, conozco no lo conseguiria à causa de no hallar quien me instruyese, por ignorar los mismos vecinos en qué ley viven, y dar motivo à ello las opuestas decisiones dimanadas de la confusion del fuero.

26 Para que conste quál es la razon originaria inductiva de este fuero, es de presuponer, que en tiempo que regia el Derecho comun, y con motivo de lo dispuesto por

por la ley 3. Cod. *de Bonis, quæ liberis*, que dice: *Quod scitis prioribus continetur, nec à filia, quæ in potestate est, donationem ante nuptias patri, nec à filio dotem acquiri, eo addicto confirmamus, ut defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis extantibus moriantur, ad liberos eorum eædem res jure hæreditatis, non ad patres jure peculii transmittantur, nec per nepotes avo videlicet acquirendæ. Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quam avo paterno diem suum sine liberis obierit: eorum dominium, quæ ad ipsum ex matre, vel ab ejus linea pervenerint, non ad avum, sed ad patrem ejus perveniat: usufructu videlicet in hujusmodi casibus avo dum supererit, reservando.* Se controvertia entre los Autores, si en los bienes que recaían en el hijo por parte de su madre, excluía su padre à su abuelo materno, ò bolvian à éste, y el padre era excluso. Y unos, haciendo distincion, y separacion de los bienes de padre, y madre, defendian, que recaían en el abuelo materno, y el padre era excluido de su succesion; y otros de no inferior carácter, y autoridad impugnando esta separacion, decian, que el padre como legitimo heredero de su hijo debia succederle abintestato en todos sus bienes indistintamente, asi porque el §. *Sin autem* de la ley inserta no dice, que el nieto habia muerto, dexando padre, y abuelo maternos, sino paternos, como expresamente consta de sus palabras, ibi: *Superstitibus tam patre, quam avo paterno*:: como porque los Derechos que admitian al padre à la succesion abintestato de su hijo, hablaban generalmente sin distinguir de qualidad de bienes.

27 Continuó indecisa esta controversia hasta la creacion de la ley 4. tit. 13. Partid. 6. que dice: *E decimos, que quando acaesciere que el hijo muera sin testamento, no dexando fijo, nin nieto que heredase lo suyo, nin habiendo hermano, nin hermana, que estonce el padre, è la madre* de-

deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo. Con la qual creyeron los mas haberse suprimido la diferencia, y separacion de bienes expresada; pero como las leyes de Partida, aunque promulgadas, no se hallaban en viril observancia, revivió la disputa antigua, y bolvió à su primitivo ser, dando lugar à no conceder todos su supresion la ley 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que preceptúa la separacion, como de su contexto se reconoce, ibi: *El abuelo que fue del padre, herede lo que fue del padre; y el abuelo que fue de la madre, herede lo que fue de la madre,* por lo que unos la seguian, y otros decian, que solo debia seguirse en donde se probase la costumbre de succeder, segun ella: y como esta ley se observaba en muchos Pueblos, como fuero municipal, nació de aqui el haberse establecido otros diversos en varios Lugares, entre los quales fue el de Sepúlbeda, y Molina: por lo que con motivo de los pleytos que se suscitaban, estimaron por util los Conditores de la ley 6. de Toro dexarlos en su fuerza, y vigor acerca del modo de succeder en los bienes troncales en los Lugares, en que habia costumbre generalmente recibida de que bolviesen al tronco, y por consiguiente quedó admitida, y corroborada en ellos la separacion.

28 Conviene examinar ahora, ¿qué bienes raices deben bolver al tronco, segun este fuero: si han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. g. visabuelos, abuelos, ò los que su padre, y madre adquirieron, ò tambien los que el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán bolver solamente los que le provinieron de sus ascendientes, porque las palabras: *Bolver al tronco* denota con propiedad haber provenido de aquel à donde han de regresar. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán, no solo los que adquirieron los abuelos, y demás ascen-

dientes, sino los que compró, y heredó su padre. Y lo propio milita, segun afirma *Avendaño en dicha ley* 6. *glos.* 11. *num.* 15. *al* 23. para con los que el hijo adquiere de otra parte, bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice, ni de ella se colige.

29 Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raices, y asi deben bolver al tronco sin disputa; pero no los redimibles, (1) sin embargo de que *Ayora part.* 3. *quest.* 28. afirma que sí: y la razon es, porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto à interes con seguridad, y prohibicion de pedirlo el que lo dá, hasta que el que lo recibe quiera debolverselo, y el que lo dá, ningun dominio tiene en la finca afecta à su responsabilidad, y sí solo hipoteca en ella, y derecho à percibir sus reditos; y si se libéra el capital, no hay finca raiz, y queda unicamente el dinero, que es la cosa mas movible que hay. Lo qual se entiende, excepto que en el Pueblo haya costumbre contraria.

30 No se amplía la disposicion de este fuero à los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni à personas de quienes ninguna mencion hace, ni à los bienes muebles, aunque estén en el mismo Pueblo, ni tampoco à los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfiere al marido su dominio, puede bolverlos, ò su estimacion, sin que muerto el hijo, se le obligue precisamente à su devolucion. (2)

31 Por conclusion de esta materia, digo, que asi el he-

(1) Avendañ. en dicha ley 6. de Toro, y glos. 11. n. fin. Siguenz. de Clausul. lib. 2. cap. 11. §. 37. n. 291. y otros que citan.

(2) Ley Quoties, Cod. de Jure dotium, y leyes 18. 19. y 20. tit. 11. Partid. 4. Siguenz. lib. cap. y §. cit. n. 281.

heredero de los bienes troncales, como el de los demás, pagarán à prorrata las deudas del difunto, y no el troncal solo, porque ambos son verdaderamente herederos, y no legatarios: éste en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley 6. de Toro. (1) De todo lo qual, y de otras cosas concernientes tratan *Siguenza lib. 2. cap.* 11. §. 37. y los que cita. Y respecto à que no tengo pauta que me gobierne para discurrir, que en los Pueblos hay diversos fueros municipales, y costumbres, y que para escribir con fundamento, claridad, y distincion de cada uno, era indispensable pasar à ellos, è instruirme particularmente de cada caso, lo qual me es impracticable, omito molestar mas al Contador, pues deberá conducirse por la costumbre que haya en el Pueblo, y en caso de duda, por la decision judicial.

CA-

(2) Ayor. part. 3. quæst. 28. vers. Ego verò contrarium. Siguenz. ibi. n. 284. Roxas in Epitom. succes. cap. 30. n. 25.

CAPITULO V.

SI LOS QUE SE CASAN DOS, O MAS veces están, ò no obligados à reservar à los hijos, y descendientes legitimos de sus anteriores matrimonios los bienes que hubieron de ellos, ò de sus padres, y cómo se han de dividir.

SUMARIO.

§. I.

1. 2. *LAS penas impuestas por Derecho antiguo à las viudas, que se bolvian à casar dentro del año de su viudedad, están suprimidas en quanto ceden en odio, è infamia suya, pero no en lo concerniente à la utilidad de sus hijos.*

3. *Una de ellas es la de estar obligadas à reservar à estos la propiedad de todos los bienes, que de sus respectivos padres hubieron por titulo lucrativo.*

4. 5. 6. *¿Qué bienes debe reservar la madre à sus hijos?*

7. *¿Y quáles el padre, si buelve à casarse?*

8. *La pena impuesta à los padres, que teniendo hijos, se buelven à casar, ¿si se estenderá, ò no à favor de los nietos?*

9. *¿Por qué linea han de venir los bienes, que los ascendientes deben reservar à sus descendientes?*

Ha-

10. *Habiendo frutos pendientes en los bienes reservables al tiempo de la muerte del reservante, ¿à quién tocan?*

11. *Casando, y dotando los padres alguna hija suya, si falleciere la madre, y despues la hija sin succesion; se bolviere à casar el padre, y teniendo hijos de ambos matrimonios, mejorare à alguno, ¿de qué bienes se sacará la mejora?*

12. 13. *Muriendo un hijo del primer matrimonio, que ya habia heredado à su madre, si recayeren sus bienes en su padre, éste se bolviere à casar, y despues falleciere otro hermano suyo entero, dexando à alguno el tercio de los provenidos de su hermano que su padre usufructuaba, y de los demás que poseía, ¿de dónde se ha de deducir éste tercio?*

14. *La madre que se buelve à casar, ¿quándo, y por qué bienes de sus hijos debe afianzar?*

15. *¿Si deberá, ò no afianzar el padre por ellos?*

§. II.

16. 17. *NO está obligada la madre à reservar lo que el hijo, aunque haya muerto intestado, heredó de sus abuelos, ò le donó algun pariente, ò extraño, ò adquirió con su industria, ò por otro titulo, ni lo que la dexó en testamento.*

18. *Ni lo que la dió en premio de su virginidad, ò por otro motivo remuneratorio.*

19. *Ni quando para casarse obtuvo licencia del Principe, ò quedó viuda en su menor edad.*

20. 21. *Ni quando su marido, ò sus hijos se la concedieron.*

22. al 27. *¿En qué casos se perjudican, ò no los hijos por la concesion de esta licencia, y su madre hace, ò no suyo lo que de su difunto marido hubo?*

28. *En los casos en que la madre no está obligada à hacer la reservacion. y quando*

do se casó dos veces, heredó algo de los hijos del matrimonio segundo, y no se bolvió à casar, hace suyo lo que hubo de ellos, y de su marido.

29. *Tambien hace suyo lo que sus maridos la dieron, y dexaron, quando de ellos no la quedaron hijos, ni descendientes de estos.*

30. *No está obligada la madre à reservar el usufructo de lo que la dexó su marido, ni los bienes que con él compre.*

31. *Aunque herede à algun hijo, y otro de los superstites se case, no pierde el usufructo de sus bienes, ni debe restituirlo à éste, sin embargo de que buelva à casarse.*

32. *De los gananciales que padre, y madre adquieren en sus matrimonios, nada deben reservar à sus hijos procreados en ellos.*

33. *Muriendo sin sucesion legitima un hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado à su padre, y dexando à su madre las dos terceras partes de sus bienes, y la otra à un hermano suyo, si éste fallece abintestato sin descendientes, y su madre se buelve à casar, ¿si estará, ò no obligada à reservar à los otros hermanos enteros la tercera parte que heredó del hijo muerto intestado?*

34. *Enagenando la madre los bienes que debe reservar à sus hijos, ¿si estos podrán, ò no quitarlos à sus poseedores mientras vive?*

35. *Aceptando los hijos la herencia de su padre, ¿si podrán, ò no reivindicar los bienes que les enagenó, de los que los poseen?*

36. *Por el transito à segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que su marido la dexó de sus bienes. Y lo mismo procede para con el marido en igual caso.*

37. *Viviendo la muger luxuriosamente despues de viuda, pierde los bienes reservables, y las arras, y gananciales en el todo, y se han de aplicar à los hijos de su difunto marido.*

En

§. I.

EN QUE CASOS, LOS VIUDOS QUE teniendo hijos, ò descendientes legitimos, se buelven à casar, están obligados à reservarles lo que de ellos, ò del conyuge premuerto hubieron.

1 NO es menos importante, y preciso al Contador el cerciorarse de la materia de este capitulo, que de las que comprehenden los anteriores, para hacer justificada la particion entre hijos, ò descendientes de dos, ò mas matrimonios: y aunque toqué algo acerca de ella en el primero de mi primera parte §. 23. la trataré aqui como en su propio lugar con mas extension. Y para que no yerre quando le ocurra, digo, que por Derecho antiguo incurrian en infamia, y en otras penas las mugeres viudas, que se bolvian à casar dentro del año de su viudedad. (1)

2 Estas penas en quanto se impusieron en odio de las viudas, están corregidas, y suprimidas por Derecho Canonico, (2) y tambien por el Real, como se prueba de la ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop. que al principio dice: *Mandamos, que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren,*

(1) Leyes 1. 2. y 3. y Authent. Eisdem pœnis, Cod. de Secund. nupt. ley ultim. tit. 12. Partid. 4. y ley 5. tit. 3. Partid. 6. y leyes 13. tit. 1. lib. 3. del Fuero Real, y lib. 3. tit. 2. del Fuero Juzgo.

(2) Apostol. 1. ad Corinth. cap. 7. y cap. penult. y ultim. de Secund. nupt. Sr. Covar. in Epitom. de Sponsalib. part. 2. cap. 3. §. 9. n. 4.

ren, sin alguna pena, è sin incurrir en alguna infamia ella, ni el que con ella casare, no obstante qualesquier leyes de Fueros, y Ordenamientos, è otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas, y ordenadas, las quales revocamos, y anulamos:: Pero en todo lo que conciernen al favor, y utilidad de sus hijos, subsisten en su fuerza, y vigor, por no ser propiamente penas, sino provision de los hijos de los matrimonios precedentes, para evitar que sean perjudicados, y que los de los posteriores se lucren en su detrimento con los bienes que fueron del patrimonio de sus padres. (1)

3 Entre las penas impuestas à las viudas, que se bolvian à casar, y tienen su principal objeto, y tendencia al beneficio de los hijos de sus anteriores matrimonios, es una el estar obligadas à reservarles la propiedad integra de todos los bienes de qualquier clase, sin excepcion, que de sus respectivos padres hubieron en virtud de testamento, ù otra ultima voluntad, ò de contrato entre vivos por titulo lucrativo, mas no por el oneroso; y asi se las prohibe donarlos, enagenarlos, y disponer de ellos entre los de los matrimonios ulteriores, y tambien entre extraños, pues todos son respectivamente para los de los precedentes; (2) por lo que si al tiempo de hacerse la particion están casadas, se las han de aplicar dichos bienes en usufructo, ò el usufructo de ellos, y no su propiedad.

4 En virtud de esta obligacion, si el marido dexa à su muger algun legado generico, ò especifico, ò fideicomi-

(1) Innocenc. Abb. & Communiter DD. in cap. fin. de Secund. nupt. Morquech. de Divis. bonor. lib. 4. cap. 12. n. 40. y 41. Matienz. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 1.

(2) Leyes Fœminæ 3. y Cum aliis 4. Cod. de Secund. nupt. ley Mater quæ, Cod. ad Tertyllian. y ley Ambiguitates 2. Cod. de Indicta viduitate tollend.

miso, ò la dona arras, ò joyas, ò hace otra donacion *propter nuptias*, aunque sea la que en latin llaman *sponsalitia largitas*, debe reservarles en qualquier tiempo que se case, aunque sea fuera del año viudal, y ningun hijo procree en el matrimonio segundo, todo lo que de su padre hubo, y solo podrá gozarlo como mera usufructuaria mientras viva: y por el hecho de bolverse à casar, perjuicio que les causa, ò puede causar, è injuria que en ello hace à su marido, (pues segun se dice en Derecho (1) se contrista su anima, desprecia su memoria, y olvida el amor à los hijos habidos de él) pierde en pena el dominio, y propiedad de todo ello: y asi tampoco puede enagenar lo inmueble, distribuirlo entre los hijos del marido de quien lo hubo, ni dexar mas à uno de estos que al otro, por lo que deben llevarlo, y repartirlo con arreglo al testamento de su padre; y si se deduxo del quinto, debe bolver al mejorado en éste de donde salió, y no à los demás herederos: (2) y à la responsabilidad de todo están tacita, è indistintamente hipotecados todos los bienes maternos presentes, y futuros, aunque ella no los obligue expresamente; (3) previniendo, que siendo muebles los reservables, deben estimarse por perítos electos por las partes, y la viuda constituir fianza de restituirlos. (4)

5 No se limíta, ni circunscribe la obligacion de reservacion à los bienes que los hijos hubieron, y heredaron

(1) Authent. De nuptiis, §. Quæ vero nunc vers. Nos igitur, y §. Sin autem tutellam.

(2) Leyes cit. Authent. In donation. Authent. Ex testamento, y Authent. Lucrum, Cod. de Secund. nupt. Authent. De nuptiis cap. Si vero spectet, collat. 4. ley 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley Hac editali, §. His illud, y §. Mobilium, Cod. de Secund. nupt.

(3) Ley Si quis prioris, §. fin. Cod. eod. tit. y ley 26. tit. 13. Part. 5.

(4) Ley Hac editali, §§. cit. & ibi. glos. & DD. Gom. en la 16. de Toro n. 5.

ron de su padre, antes bien se amplía en iguales terminos à los que su madre heredó de alguno de sus mismos hijos que la premurió, y recayeron en ella por succesion abintestato de éste, ò por titulo particular de legado, ò fideicomiso provenientes de su padre. Lo qual se entiende, ya se buelva à casar antes, ò despues que muera el hijo, ò en qualquier tiempo que lo haga, aunque ningun hijo haya fallecido, y lo que hubo sea donacion de su padre hecha à aquel hijo, pues para el caso lo mismo es; por lo que si bolviendose à casar, fallece, y dexa el quinto de sus bienes, ù otro legado à los hijos de su segundo matrimonio, ò al padre de ellos, ò à otro extraño, no se ha de deducir de las arras, joyas, ni demás, que por titulo lucrativo hubo de su primer marido, ni de lo que abintestato heredó de alguno de los de su anterior matrimonio, porque no son suyos, sino de estos, y solo se deducirá de los que verdaderamente la tocan, (1) lo qual tendrá presente el Contador.

6. Se amplía igualmente la referida obligacion à lo que los respectivos parientes de sus maridos, ù otros extraños la dieron por mera contemplacion de ellos, como causa inmediata; y lo mismo procede, en caso de dudarse si la donacion fue, ò no hecha por su respecto: Lo primero, porque quando ésta consta claramente, ò por la cantidad, y qualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere. (2) Y lo segundo, porque al modo que si la mu-

ger

(1) Dichas Leyes Fœminæ, Mater quæ, y Ambiguitates. Gom. ibi. n. 1. Palac. Rub. en las 14. y 15. n. 9. Castill en la 15. n. 2. Roland. consil. 95. n. 10. lib. 1. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 2. n. 15. Ayor. part. 3. quæst. 15. Cifuent. en dicha ley 15.

(2) Ley Sed si plures, §. Inarrogato 6. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y ley Cum oportet 6. Cod. de Bonis quæ liberis.

ger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido, tiene obligacion de reservarla, como si de éste proviniera, (1) del mismo modo otra qualquiera donacion. Y lo propio milíta para con el marido, en quanto à lo que le dén los consanguineos de su muger por contemplacion de ésta, lo qual prevendrá el Contador en la particion. Bien que algunos sienten lo contrario; (2) por lo que digo, que si la donacion se hizo à la muger, porque se debia hacer al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si él se la hiciera, pero si no, no: al modo que los hijos deben, ò no colacionar lo que hubieron por contemplacion de sus padres, segun senté en el cap. 3. de este lib. §. 2.

7 No solo está impuesta à la madre la pena, y obligacion de reservacion, sino tambien al padre, que se buelve à casar una, ò mas veces, sin la mas leve diferencia, ni distincion de casos, como lo ordena la ley 15. de Toro, que es la 4. tit. 1. lib. 5. Recop. y dice: *En todos los casos que las mugeres casando segunda vez, son obligadas à reservar à los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que obieren del primer marido, ò heredaren de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda, ò tercera vez, sea obligado à reservar la propiedad de ellos à los hijos del primero matrimonio. De manera, que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones, que pasaren à segundo, ò tercero matrimonio*, por lo que el padre tampoco puede enagenar, ni disponer de los

(1) Authent. In donatione cit. & ibi. DD. Authent. De nuptiis cap. Si vero spectet 23. vers. Et non discernimus de dote. Gom. en dicha ley 15. n. 7. vers. Sed his non obstantibus.

(2) Morquech. dicho lib. 4. cap. 12. n. 9. Rip. in leg. Fœminæ n. 55. & ibi. Albetic. cerca del fin. Roman. consil. 405.

los bienes de reservacion, y à su seguridad están igualmente afectos, è hipotecados los suyos propios: (1) y asi para no estar obligado à ella, es necesaria la licencia del Principe, ò el consentimiento de su muger, ò hijos, de que en el siguiente parrafo trataré.

8 Las penas impuestas à los padres, que teniendo hijos, se casan mas de una vez, los comprehenden, aunque estos fallezcan, si dexan nietos, ò viznietos de aquellos: y asi pueden reivindicar la parte que à su padre, ò ascendiente se debia reservar, y los abuelos, y demás ascendientes están obligados à su reservacion, porque versa identidad de razon, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion. (2)

9 Los bienes que los ascendientes deben reservar à sus descendientes, no son todos los que estos hubieron de qualquiera parte, y por qualquier titulo, sino solamente los de aquella linea, ò persona, à quien por haberse casado, hicieron la injuria, v. g. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por haberselo donado, ò dexado, ò por haber heredado abintestato à alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada bolviendose à casar, à reservar à los otros hijos de dicho matrimonio, ò à los nietos hijos de ellos lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado, que recayó en él por muerte de su padre, mas no lo que el hijo premuerto adquirió por otro titulo, parte, ò medio, pues de ello se cons-

(1) Ley Generaliter 5. y ley Si quis prioris 8. Cod. de Secund. nupt. Gom. ibi. n. 5.

(2) Leyes In quibus causis 7. y Si quis prioris cit. eod. tit. Rip. in dict. leg. Fœminæ n. 8. Castill. en la 15. de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6. n 20. Burgat. consil. 12. n. 9. lib. 1. Morquech. dicho cap. 12. n 44. lib. 4. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 2. n. 12. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. n. 59. Parlador. different. 121. §. 2. n. 2. vers. Quin, & de avo

constituye dueña su madre, especialmente si se casó despues de su muerte, y los hijos superstites, ni sus nietos hijos de estos no tienen derecho à que se lo reserve: (1) y si habiendose casado tres veces, procreare hijos en el primero, y tercero matrimonio, y heredare algo del segundo marido, de quien ninguno tuvo, no está obligada à reservarlo à los del primero, y tercero, porque no proviene de su linea; y asi lo hace suyo *pleno jure*. (2) Lo que tendrá presente el Contador, pues no todos lo saben.

10 Si el padre, ò la madre que pasó à segundas nupcias, succediere à algun hijo de las primeras, y falleciere dexando pendientes los frutos de los bienes de este hijo, cuya propiedad debia reservar à sus hermanos, parece que mediante hacer suyos el padre los frutos, se dividirán entre su segunda muger, y los hijos de ambos matrimonios, como gananciales, al modo que si ya los hubiera percibido. Pero lo contrario es lo cierto: y asi se deberán restituir à los hermanos enteros del muerto con los bienes reservables que los produxeron, sin diferencia, *deductis expensis*, y nada de ellos llevarán la viuda, ni demás hijos del matrimonio segundo: Lo primero, porque los frutos pendientes son parte del fundo que los produce, se conceptúan una misma cosa con él, lo siguen à qualquiera parte que vaya, y se debe juzgar de ellos como de su propiedad. (3) Y lo segundo, porque aunque tocan al padre que pasa à segundas nupcias, y debe gozar del usu-

(1) Authent. De nuptiis, §. Hinc nov. 46. collat. 4. Parlador. different. 121. §. 2. n. 4. y 5. St. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13. Partid. 5. glos. 4. Matienz en la 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. fin. Acev. en la 4. dicho tit. y lib. n. 58. y en la 6. tit. 9. dicho lib. n. 2.

(2) Bald. in leg. Fœminæ cit. Rip. ibi. quæst. 5. Parlador. different. 121. §. 1. n. 9.

(3) Ley Fructus pendentes, ff. de Reivindication. y ley ultim. §. Fructus, ff. Quæ in fraudem creditor.

usufructo de los bienes de los hijos de su anterior matrimonio, pero está obligado à reservarles su propiedad ilesa: y siendo los pendientes una misma cosa con esta, necesariamente deben seguirla, y por consiguiente pasar à quien pasa, y no à otro. (1) Lo qual se advierte al Contador, para que no haga lo contrario, pues suele ocurrir este caso con frecuencia.

11 Habiendo casado, y dotado en vida padre, y madre alguna hija de entrambos, si muriere la madre, y despues de ella su hija abintestato sin succesion, (por cuya razon recae en ésta la herencia materna) y el padre se bolviere à casar, y teniendo otros hijos de aquel matrimonio, y tambien del segundo, mejorare à alguno, ya sea de éste, ò del primero, en el tercio, y quinto de sus bienes, parece que esta mejora se deberá sacar integra de todos, inclusos los de la hija muerta que ya son suyos, y como hechos un cuerpo se confunden, y no se pueden distinguir, ni separar. Pero no se ha de practicar asi, pues solo debe sacarse de los bienes proprios del padre, que son los que por su parte dió en dote à su hija, y por muerte de ésta bolvieron luego à él: y asimismo de los demás que éste adquirió por otro titulo; y nada se ha de deducir de los que la hija hubo de su madre por su dote, y herencia, porque están sujetos à la reservacion que el padre debe hacer de ellos à los hijos de aquel matrimonio, los quales deben dividirlos entre sí con arreglo al testamento materno. (2)

12 Si teniendo el padre dos hijos del primer matrimo-

(1) Guid. consil. 170. part. 3. Casaneo in Consuetudinib. Burgundiæ rubr. 6. §. 7. al fin. fol. mihi 224. Avendañ. respons. 5. n. 5. Sr. Castill. de Usufruct. dicho cap. 2. n. 38.

(2) Sr. Castill. dicho cap. 2. n. 70.

monio, y por haber muerto abintestato el uno, que habia heredado à su madre, recayeren sus bienes en el padre, y éste se bolviere à casar, y despues el otro hermano suyo entero falleciere tambien, y legare à algun extraño, ò medio hermano el tercio de aquellos bienes suyos provenidos del hermano, cuya propiedad debia reservarle su padre, por haberse casado segunda vez, y tambien el de todos los demás que poseía, ¿se duda si este tercio se ha de deducir del cúmulo de los bienes reservables del primer hermano muerto, que si el segundo viviera, serian para él en propiedad; ò solamente de los que el legante poseía, como suyos por otro titulo? Y parece que de todos deberá deducirse, porque todos tocan al legante, los unos en propiedad, y usufructo, y los otros en propiedad solamente, mientras vive su padre.

13 Pero lo contrario es lo seguro: y asi se deducirá unicamente de los que éste hijo ultimo heredó por sí de su madre, ò que por otro titulo le competen, cuya propiedad, y usufructo gozaba, y no de los reservables: y la razon es, porque por muerte de este ultimo hijo se resolvió en plena propiedad el usufructo de sus bienes que competia à su padre: y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó la pena de privacion de ellos, y asi no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron *pleno jure* de su padre; pues para que haya lugar esta pena, se requieren copulativamente dos cosas: la una, que el viudo pase à otras nupcias; y la otra, que existan hijo, ò hijos, ò descendientes del anterior matrimonio, à quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas no há lugar. A mas, de que no se estableció à favor de otros, que de los mismos hijos, ò descendientes: por lo que si el hijo no poseía mas bienes, será ineficáz en él todo el le-

legado. (1) Bien que *Escobar de Ratiocin. comput.* 1. *num.* 20. *al* 22. es de contrario sentir.

14 Todo usufructuario (regularmente hablando) debe dar fianza de restituir los bienes que recibe en usufructo, ò su importe en los terminos que expliqué en el cap. 7. §. 2. lib. 1. de este tratado: por lo que parece que el padre, y la madre tendrán obligacion de darla, para poder usufructuar los que deben reservar à sus hijos. Pero para la perfecta claridad, digo, que si el padre nombró en su testamento à la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada à afianzar, como tampoco los demás tutores testamentarios; (2) no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno, tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar, para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato. (3)

15 No procede lo expuesto para con el padre, pues sin embargo de que se case muchas veces, no pierde la administracion, y usufructo de los bienes de sus hijos, mientras existen en su poder; por lo que no debe afianzar en quanto à los bienes raices, ya los haya de su muger por legado, ò contrato lucrativo, ò por herencia testada, ò intestada del hijo; y sí solo por lo concerniente à los muebles, los quales ante todas cosas se deben inventariar, ò describir, y apreciar, para restituirlos, ò su importe, en la

(1) Paul. consil. 67. al fin vol. 1. Alex. consil. 66. vol. 3. Bertrand. consil. 133. vol. 1. in Novis. y consil. 263. vol. 3. Bald. consil. 104. vol. 5. Aimon consil. 36. Anchar. consil. 278. Tello en la ley 6. de Toro n. 67. y 68. Avendañ. en ella glos. 10. n. 3.

(2) Institut. de Satisdat. tutor. y §. penult. de Tutel. tutor. Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. Partid. 6. glos. 5.

(3) Ley 5. tit. 16. Partid. 6. & Ibi. glos. 2.

la forma prescripta sin diferencia de la madre. (1) Bien que jamás he visto que el padre de buena conducta afiance los bienes muebles, ni los demás, por no obligarle à ello ley alguna, porque el Derecho hace mas confianza de él, que de la madre; y sí solo hacer la descripcion, y aprecio, ò inventario, y particion: sobre lo qual vease al Señor *Castill. de Usufruct. cap.* 3. *ex n.* 92. *al* 117.

§. II.

EN QUE CASOS NO ESTARAN obligados los viudos, que se buelven à casar, à hacer la reservacion à sus legitimos descendientes.

16 NO es tan amplia, y absoluta la conclusion sentada en los nums. 3. al 6. de este capitulo, que no padezca sus limitacioues: por lo que la obligacion de hacer la reservacion impuesta por Derecho al padre, y à la madre, cesa en los siete casos siguientes: El primero, quando el hijo, aunque haya muerto intestado, heredó algo de sus abuelos, ò se lo donó algun pariente, ò extraño, ò lo adquirió con su industria, ò se lo dió, vendió, ò permutó, ò recayó en ellos por otro titulo, que no sea de succesion de su ascendiente, porque de esto no habla, ni se comprehende en la disposicion legal, y asi lo hacen

(1) Ley Hac editali, §. His illud, vers. Mobilium, Cod. de Secund. nupt. & ibi. glos. & DD. Acev. en la ley 4. tit. 1. lib. 5. n. 49. al 54. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 8. n. 92. al 98.

cen suyo *pleno jure* (1) sus padres; aunque en quanto à lo de los abuelos sienten algunos lo contrario. (2)

17 El segundo, quando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre à reservar lo que en su testamento la dexó con titulo de institucion, ò legado, porque entonces succede principalmente mediante su expresa voluntad, como si fuera extraño, y asi puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios; lo que al contrario, quando muere intestado, porque no interviene ésta, y sí la mera decision, y concesion legal. (3) Bien que no obstante la disposicion de las Autenticas, dudo que atenta la de la ley 6. de Toro haga suya mas que la tercera parte, de la que el hijo puede disponer libremente, y en la que se verifica succederle mediante su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto *ex testamento*, como *abintestato* sin diferencia, ya quiera, ò no el hijo dexarselas, por lo que no le succede en ellas por su mera voluntad como en la tercera, sino *ex necessitate juris*; y asi me parece que estarán sujetas à la reservacion, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte §. 23. n. 247. no concediendola el hijo facultad expresa para disponer de ellas. Asi lo siento, *salvo meliori*.

18 El tercero, quando su marido la dió algo en premio

(1) Ley Mater quæ, Cod. ad Tertyllian. Authent. Ex testamento cit. Gom. en la ley 15. de Toro n. 2. vers. Dubium tamen. Morquech. de Divis. cap. 12. n. 6. lib. 4. Boer. decis. 192. n. 5. Afflictis decis. 47. n. 4.

(2) Parlador. different. 121. cit. §. 2. n. 5. al 7.

(3) Dichas Authent. Ex testamento, y Authent. de Nuptiis, §. Hinc nos, vers. Sed quarta quidem, & ibi. Cin. y S licet. Bart. & DD. in dict. leg. Mater quæ. Matienz. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. glos. 2. n. 15. y 16. & ibi. Acev. n. 4. al fin. Gom. dicho n. 2. al princip. Morquech. ibi. n. 5.

mio de su virginidad, nobleza, juventud, &c. porque esta donacion no es lucrativa, sino remuneratoria; y asi se aplicará, y será comunicable à todos sus hijos. (1) Pero esto se entiende quando real, y verdaderamente hay desigualdad notable entre el marido, y su muger, ya sea en edad, calidad, ò en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respecto, y por via de remuneracion la hizo la donacion, y no en otros terminos; y asi aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza, y otras prendas de la novia, para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion qual se requiere para llamarse remuneratoria, à causa de faltar los motivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima, y verdadera: porque el marido jamás se ennoblece por la muger, ni se le comunican los brillos, ò rayos de su aereo, y accidental distintivo, como à ella los de él. (2)

19 El quarto, quando precedió, y obtuvo licencia del Soberano para bolverse à casar, pues como Legislador puede remitirle ésta, y las demás penas impuestas à las viudas, que contraen segundas nupcias, segun expresa-

(1) Rip. in leg. Fœminæ n.44. Cod. de Secund. nupt. quæst. 17. Palacios Rub. de Donation. inter vir. & uxor. §. 50. n. 35. Sr. Covar. de Matrimon. part. 2. cap. 3. n. 2. y 3. Morquech. ibi. n. 27. Guerreir. de Divis. lib. 2. cap. 14. ex n. 69. al 87.

(2) Ley Mulieres, Codic. de Dignit. lib. 12. ley Fœminæ, ff. de Senator. ley 7. al fin. tit. 2. Partid. 4. y ley 9. tit. 11. lib. 2. Recop Bart. & Bald. in leg. fin. Cod. de Verbor. significat. Bald. novel. de Dote privileg. 1. n. 9. Morquech. ibi. n. 38. Guerreir. ibi. n. 81. al 83.

samente está decidido en Derecho. (1) El quinto, quando quedó viuda, siendo menor de veinte y cinco años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos, porque la menor edad la releva de la pena de los que se buelven à casar. (2) Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor, ni mayor.

20 El sexto, quando su difunto marido la concedió licencia expresa para bolverse à casar, pues puede remitirle la pena, (3) y respecto saberlo, y consentirlo, no se le hace injuria. (4) Y lo mismo procede, si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada à reservarla, ni su importe, sino que la haga suya, como si fuera patrimonial: y asi se dividirán entre todos sus hijos los bienes donados, porque siempre que están unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre de quien fueron, y asi no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos. (5)

21 Y el septimo, quando los mismos hijos, siendo mayores de veinte y cinco años la concedieron licencia, y consintieron su casamiento, pues como establecida à su fa-

(1) Ley Si qua mulier 4. Cod. Ad Senatus consult. Tertyllian. y ley Solet à Principe 10. ff. De his qui notantur infamia, & ibi. DD. y ley fin. tit. 12. Partid. 4.

(2) Cifuent. en la ley 15. de Toro. Jason en la Minoribus al fin, ff. De his quibus ut indignis. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. n. 6. Morquech. ibi. n. 4.

(3) Authent. De nuptiis, cap. Duo igitur, vers. Unum itaque, y cap. Secundum vero collat. 4. Matienzo en la ley 3. tit. 1. lib. 5. glos. 2. n. 5.

(4) Ley Cum donationis, Cod. de Transaction. y ley 1. §. Usque adeo, ff. de Injuriis, cap. Scienti, ff. de Regul. jur. in 6. regla 25. tit. 34. Partid. 7. y regla Nemo videtur, ff. de Regul. jur.

(5) Ley ultim. al fin, Cod. de Inofficios. testam.

favor esta pena, se la pueden remitir tambien. (1) Pero para la mas clara, y perceptible inteligencia de este caso, saber cómo se entiende, y ha de ser esta licencia; y quando por su concesion se perjudican, ò no los hijos, es indispensable hacer discrecion, y distincion de los que pueden ocurrir.

22 El primer caso es, quando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase à segundas nupcias, y la remiten, y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ò todo su derecho. En cuyo caso es inquestionable que nada pierde, antes bien retiene, y adquiere para sí en propiedad, y usufructo todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por succesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la sustancia del padre de estos. (2)

23 El segundo es, quando los hijos tambien mayores consienten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho, y beneficio que la ley les concede, y en este caso se debe decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio, es visto remitir su derecho; por lo que éste consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exima, y liberte de la obligacion de reservacion, que à no intervenir, tendria. (3) Lo que queda expuesto en estos dos casos en quanto à los hijos mayores, milita, y procede para con los menores, interviniendo la autoridad de sus

(1) Glos. in §. 1. Authent. de Non eligendo secundo nubentes, collat. 1. Gom. dicho n.6. vers. Et idem etiam est. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 2. n. 93.

(2) Angel. consil 306. col. 4. n.4. vers. Hæc autem Regula. Decio consil.209. n.7. Menoch. consil 237. n. 16. al 18. lib. 3.

(3) Glos. in dict. §. 1. verbo Copulantur, in Authent. de Non eligendo. Menoch. ibi. n.19. y sig. y otros que cita.

sus tutores para prestar su consentimiento, y hacer la renuncia, y probandose causas legitimas, y seguirseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros terminos. (1)

24 El tercero, quando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes callaron, y ningun acto, ni gestion hicieron, por el qual se infiera haber consentido en el matrimonio; pues entonces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion; (2) porque una cosa es honrarla con asistir à su boda, y otra, y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo qual no es presumible mientras no conste. (3) Sin que los hijos necesiten hacer protexta para dexarlo ileso: (4) porque si esta fuese necesaria, y su taciturnidad, y asistencia los perjudicasen, jamás se verificaria tener lugar la pena de reservacion. (5)

25 El quarto, quando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente, ni renunciaron su derecho, pero intervino con su presencia algun acto positivo exterior de su parte, por el qual manifestaron su voluntad, y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tacitamente, y asi

(1) Gaill. lib. 2. Observation. Pract. observat. 98. n. 22. Menoch. dicho consil. 237. n. 21. al 23.

(2) Mascard. de Probat. Tom. 2. conclus. 1224. ex n. 29. Menoch. lib. 3. præsumpt. 29 n. 90.

(3) Parisiens. in Annotat. ad Dec. consil. 205. verb. Volente, & in Rubr. Cod. de Secund. nupt. Rip. in leg. Si unquam, Cod. de Revocand. donation. quæst. 42. n. 108. al fin. Cephal. consil. 445. n. 29. lib. 3.

(4) Aretin. consil. 241. col. fin. Rub. consil. 125. n. 5. Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 10. n. 59. Cephal. consil. 590. n. 12. al 16. lib. 4.

(5) Baez. dicho cap. 10. n. 78. Parisiens. loco citat. Boer. decis. 185. n. 23. Fulgos. consil. 73. Riminald. consil. 579. n. 177. al 179. lib. 5.

asi se perjudican, por haber practicado acto, por el qual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen, à no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos, igualmente que por las palabras, (1) y aun mejor se dá à entender por aquellos, que por éstas: (2) los hechos manifiestan el efecto, y las palabras suelen proferirse à veces contra la voluntad del que las dice. (3) A mas de que el que está presente, y calla es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte algun acto positivo externo, y mucho mas entre los conjuntos. (4)

26 El quinto, quando los hijos que asistieron à la boda, nada consintieron expresa, ni tacitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley, del mismo modo que si al tiempo en que se celebró, hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en quanto al efecto. (5) Lo qual se entiende, no solo quando la ratificacion es expresa, sino quando es tacita, v. g. quando en su vida no se quexan de las segundas nupcias, ò habitan familiarmente con su madre, ò la aman, y à su padrastro; ò en vida, ò muerte les donan algo, ò por otras congeturas se in-

(1) Ley Paulus, ff. Rem ratam haberi. Tiraquel. de Jur. constitut. part. 3. limit. 30. n. 12. Cravet. consil. 159. num. 5. Menoch. consil. 110. n. 1. y consil. 121. n. 90. lib. 2.

(2) Ley Si tamen, §. Ei, qui, ff. de Ædilitio edict. glos. in leg. Recusari, ff. Acquirend. hæredit.

(3) Cap. Dilecti filii, & ibi. Decio in Secundo notabili, de Appellat. Menoch. consil. 5. n. 16. lib. 1. Socin. Junior consil. 38. n. 13. lib. 1.

(4) Ley Filius familias, ff. ad Macedonian. Clementin. 1. de Procurat. Abb. in cap. Cum vitum, in tertio notabili, de Regularibus. Mascard. de Probation. Tom. 3. conclus. 1219. n. 51. Alciat. y Jason in leg. Cum proponas, Cod. de Pact. Boer. decis. 185. n. 20.

(5) Angel. consil. 96. Anton. Gabriel lib. 3. Commun. opinion. tit. de Secund. nupt. conclus. 1. n. 36. Baez. dicho cap. 10. n. 96.

infiere su asenso; (1) pues si la ratificacion hecha con palabras expresas es suficiente, debe serlo tambien la que se colige de las obras, porque estas la inducen mas vigorosa que aquellas. (2) Previniendo, que si los hijos no se quexan en vida del transito de su madre à segundas nupcias, sabiendolo, y sin quexarse fallecen, no transfieren à sus herederos este derecho que tenian adquirido, antes bien por su silencio es visto haberselo condonado, y remitido, cuya quexa basta que sea extrajudicial. (3)

27 Y el sexto, quando los hijos no estuvieron presentes à la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tacita, ni expresamente: pues si luego llegó à su noticia, y remitieron à su madre la injuria, ò renunciaron expresamente su derecho, es indubitado que por la renunciacion se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificacion es tacita, è intervinieron los actos, congeturas, ò signos, por los quales se induce, como queda expuesto en el precedente caso, pues faltando estos respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre à la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos. (4) Sobre cuyos casos vease

(1) Roland. consil. 92. n. 20. y sig. lib. 1. y consil. 81. ex n. 13. lib. 3. Decio consil. 205. n. 5. al 7. Parisiens. consil. 29. ex n. 82. lib. 3. Bursat. consil. 12. n. 42. lib. 1. Surd. consil. 91. n. 21. y 22. lib. 1.

(2) Menoch. consil. 507. n. 15. lib. 6. Abb. consil. 116. in 2. part. Bursat. consil. 40. n. 18. y consil. 118. n. 14. lib. 1.

(3) Rip. in dict. leg. Fœminæ, quæst. 14. y 61. vers. Facit quod. Bald. in Authent. Ex testamento, vers. Sed statim quæro. Decio consil. 206. vers. Et probatur ex eo. Alex consil. 63. vers. Item quia filius, vol 5. Anton. Gabriel in tit. de Secund. nupt. conclus. 1. n. 23. Morquech. dicho lib. 4. y cap 12. n. 45. Guerreir. de Division. dicho lib. 2. y cap. 14. n. 60. y 61.

(4) Sr. Castill. de Usufructu, cap. 2. n. 126.

se al Señor *Castillo de Usufruct. cap. 2. ex num. 110. al 126.*

28 En los casos expresados en que la madre no está obligada à hacer la reservacion à sus hijos, hace suyos *pleno jure* los bienes que heredó de estos, ò de su marido premuerto, por lo que puede usar, y disponer de ellos à su arbitrio, y asi se dividirán entre todos los de sus matrimonios con arreglo à su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ò no se hubiera buelto à casar: y la razon es, porque siempre que los bienes están unidos *pleno jure* al patrimonio de alguno, se confunden, y no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos expresos en Derecho, como queda sentado. Y lo mismo procede quando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al conyuge muerto, ni à sus hijos; y cesando ésta, debe cesar la disposicion, y asi los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios. (1)

29 Y si no tiene hijos del precedente, ò precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo quanto la dieron, y dexaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello à su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero, ò costumbre de que buelva al tronco. Y lo propio milita para con las arras, que al tiempo de casarse

(1) Ley Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley ultim. al fin, Codic. de Inofficios. testam. glos. in leg. Hac editali, Codic. de Secund. nupt. DD. in leg. 1. §. Veteres, ff. de Acquirend. posses. Sr. Covar. in Epitom. succes. n. 9. y 10. Morquech. dicho cap. 12. n. 8. Guerreir. dicho cap. 14. ex n. 55. al 58. lib. 2.

se la prometieron, pues no disponiendo expresamente de ellas, pasarán à sus herederos, y no à los de sus maridos. (1)

30 La obligacion impuesta à la madre de reservar à sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona, ò dexa, no procede para con su usufructo, pues se constituye dueña absoluta de él; y asi, aunque sea tanto que con él compre, y adquiera otros, no está obligada à reservarlos à sus hijos, ni se entienden provenir, ni provienen de la sustancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron à favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la qual como procedia del padre, eran defraudados, y no quisieron ampliar su precepto à los frutos, porque estos nunca fueron, ni pudieron ser de éste, sino de la reservante, como lucro adquirido despues de su muerte, y por lo mismo no son damnificados en ellos sus hijos. (2)

31 Sin embargo de que la madre viuda herede à algun hijo que haya muerto, y despues se case otro de los superstites, no pierde por eso, ni debe restituirle el usufructo que desde que se bolvió à casar percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los superstites, antes bien debe gozarlo por toda su vida, porque lo hace suyo, y no está comprehendido en el que la ley 48. de Toro con-

(1) Ley 3. tit. 1. lib. 5. Recop. Sr. Castill. dicho cap. 2. num. 11. Parlador. different. 121. §. 1. n. 7. y 8.

(2) Franchis part. 1. decis. 8. n. 10. Sr. Castill. ibi. n. 37. Merlin. de Legitim. lib. 4. tit. 2. quæst. 1. hasta la 4. Boer. decis. 198. n. 2. Guerreir. ibi. n. fin. Parlador. §. 2. n. 16. different. cit.

concede al hijo casado, como admirablemente funda el Señor Castillo. (1)

32 Nada de los bienes que padre, y madre adquieren, y multiplican mientras están casados, deben reservar à los hijos de sus anteriores matrimonios, antes bien los hacen suyos plenamente, por ser lucrados con su industria, y trabajo, que es titulo oneroso; y asi aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren, al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14. de Toro, que es la 6. tit. 9. lib. 5. Recop. y dice: *Mandamos que el marido, y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda, ò tercera vez, ò mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero, ò segundo, ò tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios, ò de alguno de ellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios, que no hubiesen seido de ganancia, sin ser obligados à reservar à los tales hijos propiedad, ni usufructo de los tales bienes.* (2)

33 Muriendo sin succesion legitima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado à su padre, si hiciere testamento, y segun se lo permite la ley 6. de Toro, dexáre la tercera parte de sus bienes à uno de sus hermanos enteros, y las otras dos à su madre, y ésta se bolviere à casar, ò al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin succesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, ¿se duda si estará obligada à reservar à

(1) Sr. Castill. de Usufruct. dicho cap. 2. n. 50. al 55.

(2) Ley Final, Cod. de Bonis matern. Gom. en la 14. de Toro n. 3. vers. Ex quibus videbatur. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 95. n. 12. y 14. Marienz. en la 6. tit. 9. lib. 5 glos. 2. n. 1.

à los hermanos enteros superstites la tercera parte, que abintestato heredó de este ultimo, y él hubo de su hermano premuerto? Y se responde que no, porque esta tercera parte no proviene inmediatamente de la sustancia del padre, sino del hermano, del qual se hizo despues de su adiccion, ò aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dexó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas. (1)

34 Si la madre enagena los bienes raices que está obligada à reservar à sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos à sus poseedores en su vida, al modo que el usufructuario, que enagenando los que usufructúa, ò el derecho de usufructuarlos, pierde el usufructo, el qual se consolida con la propiedad, y pasa al propietario. (2) Pero no obstante, lo contrario es lo cierto; y asi valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos premueran à su madre, y que por consiguiente los herede, lo qual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufructuario; bien que si los enagena antes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo habil su enagenacion, pueden reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer excusion en los maternos. (3)

35 Aunque subsistiendo viudo el padre, es igual à la ma-

(1) Dicha ley. Sed si plures, §. filio impuberi, ff. de Vulgar. & pupilar. substitut. ley Ejus, qui in Provincia, §. fin. ff. de Reb. credit. si cert. petat. y §. 1. Institut. de Hæredum qualitat. & different. Sr. Castill. de Usufruct. dicho cap. 2. n. 60. al 69.

(2) §. Finitur, Institut. de Usufruct. arg. leg. Si usufructus, ff. de Jure dotium.

(3) Authent. De non eligendo cap. Hoc autem 2. collat. 1. Gom. en la ley 15. de Toro n. 5. vers. Dubium tamen est, y vers. Item adde.

madre en el privilegio, no obstante, casandose, si enagenáre algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea antes, ò despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre; ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales están obligados à observar los contratos celebrados por su causante: y asi solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra el poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repeticion. (1)

36 Por el transito à segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dexó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ò con la de que lo gozase mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido, si su muger lo dexa por usufructuario. (2) Ni tampoco si se lo lega con la condicion de: *Si viviere casta, y honestamente*, sin añadir: *Si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente. (3)

37 Pero sin embargo de que no pase à segundas nupcias, si despues de la muerte de su marido vive luxuriosamente, ya sea dentro, ò fuera del año de su viudedad, no solo pierde la propiedad, y usufructo de los bienes que su marido la dexó, sino las arras que la dió, ù ofreció, y la mitad de gananciales que durante su matrimonio adqui-

(1) Ley 24. tit. 13. Partid. 5. & ibi. glos. 9. 10. y 11. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Pinel. in leg. 1. Cod. de Bon. matern. part. 3. n. 21.

(2) Authent. De nuptiis, §. Si vero solum usumfructum, y Authent. Hoc locum, Cod. Si mulier secundo nupserit.

(3) Ley Ambiguitates 2. Cod. de Indicta viduitate tollend. Sr. Castill. de Usufruct dicho cap. 2. ex n. 127. hasta el fin. Gom. en la ley 15. de Toro n. 9.

quirió, si existen hijos de éste, à los quales, y no à ella se debe aplicar todo en dicho caso: lo qual no procede para con su marido. (1)

CA-

(1) Tell. en la ley 6. de Toro n. 21. Abilés in Proem. cap. Prætor. n. 39. Sr. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 9. ex n. 49. al 55. Matienz. y Acev. en la ley 5. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en dicha ley 15. n. 13. al 18. Morquech. dicho lib. 4. y cap. 12. n. penult. Parlador. different. 121. §. 2. n. 12. al 15.

CAPITULO VI.

DE LOS LEGADOS, Y CONDICIONES que en ellos puede poner el testador: quándo podrá, ò no revocarlos, y se entenderán revocados, aunque no los revoque; y de dónde se han de deducir: si en ellos habrá, ò no lugar el derecho de acrecer: quándo se compensarán, ò no con lo que debe à su muger, ò à otros acreedores: si pertenecen, ò no al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que despues produce hasta que se le entrega; y si revocandose el legado, deberá, ò no restituir los que percibió.

SUMARIO.

§. I.

1. *Definicion del Legado.*

2. *¿Quáles se llaman legados forzosos, y voluntarios?*

3. *¿Quáles genericos: qué accion compete al legatario para su percibo; y en dónde puede pedirlos al heredero?*

4. *¿Y quáles especificos: qué accion compete al legatario por ellos; y en dónde debe entregarselos el heredero?*

De-

5. 6. *Debe haber el legatario no solo la cosa especifica propia del testador que le legó simplemente, sino todo lo que le pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fue legada hasta su entrega, no mandando lo contrario; pero no, sabiendo que era agena.*

7. *Si el testador despues de haber legado una cosa, enagenó parte de ella, ò se arruinó, ¿qué llevará el legatario?*

8. *Y si despues la reedificó, ¿à qué tiene derecho?*

9. 10. *Puede legar el testador los bienes del heredero que elige.*

11. *Tambien puede legar lo ageno.*

12. *¿Si podrá legar lo que tiene empeñado, y el heredero estará, ò no obligado à desempeñarlo, y entregarlo al legatario?*

13. *Puede legar igualmente à su deudor la prenda que éste le habia entregado.*

14. *Suponiendo el testador deber à alguno cierta suma, si se la lega, debe darsela el heredero, aunque sea incierto.*

15. *Del propio modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido.*

16. *Legando el testador alguna cosa existente en otra parte, ò en parage remoto, que dudaba si existia, ò no, ¿qué debe hacer el heredero?*

17. *Puede legar las cosas incorporeas, y valdrá el legado; y exigiendo el debito el acreedor de su deudor, ¿si se entenderá, ò no revocado el legado?*

18. 19. 20. *Legando simplemente el testador la cosa en que solo tiene adquirido derecho, ò esperanza de adquirirlo, ò parte en él, es visto legar unicamente el mismo derecho.*

21. 22. *Teniendo el testador muchas cosas de una especie, y legando una à un sugeto, y otra à otro indistintamente, ¿qué deberán hacer, y quál de ellos tendrá la eleccion?*

23. *Si el testador lega cantidad cierta al hijo, ò hija que le naciere, y nacen dos,*

dos, ò mas, ò hace el legado distributivamente, ¿cómo llevarán la cosa legada?

24. *Si funda mayorazgo en el hijo que tiene, y por estar su muger preñada, lega cantidad cierta por alimentos al hijo, ò hija que le nazca, y nacen dos gemelos, ¿cómo han de percibir estos el legado?*

25. 26. *Siendo legada à un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y à otro en el de otro, y succediendo despues al colegatario uno de estos legatarios, ¿si podrá conseguir, ò no por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor?*

27. *Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie, ò genero, y expresando la qualidad, ò accesorio que se halla en alguna, ò algunas, ¿si el legatario tendrá, ò no derecho solamente à las que tengan dicha qualidad?*

28. *Si el testador lega cosa especifica à uno, y cantidad cierta à otro, y no se encuentra ésta, ¿cómo se dividirá aquella?*

29. *Aunque el testador legue dos, ò mas veces una cosa, no se entiende multiplicado el legado.*

30. 31. *Legando el testador cierta cantidad à uno en su testamento, y la misma despues en su codicilo; ò siendo diversas las cantidades, ¿si las llevará, ò no ambas el legatario?*

32. *Si el testador lega sus vestidos, plata, siervos, cavallos, &c. se entiende legar los que entonces tiene.*

33. *Si lega cierta cantidad à las hijas de uno, que tambien tiene hijos; ò à sus hijos, teniendo igualmente hijas, ¿si se ampliará, ò no à todos el legado?*

34. *Legando lo que tiene en parte cierta, si en ella puso despues, ù otro con su ciencia, ò sin ella, ò por su mandato algunas cosas mas, ¿si tocarán, ò no al legatario?*

35. *Mandando el testador cosas suyas de cierto genero que tiene en parte de-*

terminada, aunque luego se pongan alli otras del mismo genero, si no son suyas, no las llevará el legatario.

36. *Habiendo legado el testador à uno el trigo que tiene en su panera, si despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece al legatario.*

37. *Si lega à alguno tanto quanto habrán el heredero, ò herederos que instituye, ò quanto tiene uno de estos, ¿qué deberá llevar de la herencia?*

38. 39. *Imponiendo simplemente à sus herederos el gravamen de dar al legatario cierta suma, ò mandando que qualquiera de ellos se la dé, ¿qué deberán darle?*

40. *Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma à un legatario, si eximió de su solucion à uno de ellos, están obligados à la de su total los demás.*

41. *Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador dexa algun legado, ò mejora à dos de ellos, nombrandolos por sus nombres propios, ò apelativos, ù obligandolos à pagar algun debito, ò legado, ¿cómo percibirán éste, ò pagarán el debito?*

42. *Legando el testador una casa, si despues se arruina, ò quema, y la reedifica, ò no, ¿qué llevará el legatario?*

43. *Si el testador lega à dos sugetos junta, ò apartadamente alguna cosa, y uno de ellos muere antes que el testador, ò renuncia su parte, ò estaba muerto al tiempo de hacer el legado, ¿cómo se dividirá?*

44. *Si uno de estos legatarios succede al otro, puede repudiar la parte tocante al colegatario, y aceptar la suya, excepto en un caso.*

45. *El legatario no puede aceptar, y repudiar en parte el legado, que en una clausula, y oracion le hizo el testador.*

46. *Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar, ni repudiar, y dexando varios herederos, pue-*

pueden uno, ò mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas.

47. *Ninguno de los herederos del legatario puede aceptar, ni repudiar parte de la que le corresponde.*

43. *Haciendo el testador el legado en diversas clausulas, y oraciones, puede el legatario aceptar la parte que quiera, y repudiar la que no le acomode.*

49. *Si le lega muchas cosas señaladas en una clausula, puede aceptar la una, y dexar las demás, excepto en un caso.*

50. *Dexando el testador à un legatario de dos cosas la que quiera elegir, si elige la una, no puede arrepentirse. Y si dexa la eleccion à arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año, puede hacerla el legatario.*

51. *Si dexa à dos junta, ò separadamente una de sus cosas, para que elixan la que quieran, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes. Y si la tal cosa fuere legada à uno, dexando la eleccion à su voluntad, y muere sin haberla hecho, ¿qué deben hacer sus herederos?*

52. 53. 54. *Comprando, ò adquiriendo por otro titulo el legatario la cosa que el testador le legó, ya sea con ciencia, ò ignorancia de que se la legaba, y era suya, ò agena, ¿si perderá, ò no el legado?*

55. *Si el testador instituye heredero, y lo substituye, gravandole con algun legado, ¿si se entenderá, ò no gravado tambien el substituto?*

56. *¿Si podrá el testador libertar à su deudor de lo que le debe, y à quién aprovecha, ò no el legado de liberacion?*

57. *La confesion del debito hecha en testamento, ò codicilo no lo prueba, pues se resuelve en legado; ni perjudica à los herederos legitimos.*

58. *La remision del debito ¿de quál se entiende, y qué debitos vienen en la ge-*

neral?

59. 60. *¿De quántas maneras se puede hacer el legado de liberacion, y qué efecto produce ésta?*

§. II.

61. 62. *¿DE quántos modos se puede hacer el legado, quándo se entiende puramente hecho, y qué acciones competen por éste al legatario, ya sea generico, ò especifico?*

63. 64. *¿Quál se llama legado* in diem, *y quándo nace la accion de pedirlo, y la obligacion de pagarlo, ya sea cierto, ò incierto el dia?*

65. *Muriendo el legatario antes que el dia llegue, pasa el legado à sus herederos.*

66. *Haciendo el testador muchos legados, diciendo que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, y muriendo los legatarios antes que ésta, ¿si se transmitirán, ò no à sus herederos?*

67. 68. *Teniendo el padre hijos legitimos, y legando mil ducados à una hija natural, para que se case, si antes de tomar estado muere la hija, viviendo su madre, ¿à quién tocará el legado?*

69. *Pueden hacerse los legados, è instituciones con condiciones, y de estas unas se llaman* potestativas, *y deben cumplirse despues de la muerte del testador.*

70. *Otras se llaman* casuales, *ò* contingentes, *y pueden cumplirse, ò no.*

71. *Otras* ciertas, *ò* necesarias, *que es preciso se cumplan.*

72. 73. 74. *Otras* mixtas de casuales, *y potestativas, y pueden cumplirse asi en vida del testador, como despues que muera, ya consistan en hecho, ò en Derecho.*

75. *Otras son de* presente, *otras de* preterito, *y otras de* futuro; *y verificandose las dos primeras, obligan al instante, y las de futuro ningun efecto inducen de presente.*

76. al 80. *Otras se llaman*

man expresas, *y otras* tacitas, *y estas se pueden entender puestas de cinco maneras.*

81. 82. *Otras consisten en* dar, *y otras en* hacer; *y siendo posibles, se deben cumplir: pero siendo prohibitivas, y lo que se manda posible de cumplir, ¿qué debe hacer el legatario para percibir el legado?*

83. 84. 85. *Otras son* posibles, *y otras* imposibles, *¿y quándo viciarán, ò no estas la institucion, legado, ò contrato?*

86. 87. *Otras se llaman* modales, *¿y si se deberán, ò no cumplir para la percepcion del legado?*

88. *¿Quáles legados se llaman hechos con demonstracion, y si ésta los viciará, ò no?*

89. 90. *Otras son* causales, *y solo en un caso vician el legado.*

91. *Los legados, è instituciones se pueden hacer con* modo alternativo; *y siendo muchos los nombrados, se admiten igual, y copulativamente.*

92. 93. *Poniendo el testador al heredero, ò legatario muchas condiciones juntas en forma copulativa, ò apartadas, ¿si deberán, ò no cumplirlas todas para percibir la herencia, ò legado, ya miren à un solo fin, ò à diversos?*

94. *Si pone una condicion à muchos, basta que qualquiera de ellos la cumpla. Y si nombra à muchos, à unos con condicion, y à otros sin ella, ¿quáles percibirán, ò no al instante la herencia, ò legado?*

95. *Debe cumplir en forma especifica el legatario la condicion, que el testador le impuso.*

96. *Tres son las causas inductivas de la tacita repeticion, y otras tres las exclusivas de ella.*

97. *Qualquiera disposicion se estima pura, si en ella no se pone dia, ò condicion.*

98. 99. *Siendo* causal *la condicion puesta al legatario, no pasa al substituto; pero si es* potestativa, ò mixta,

ta, *es visto estar repetida en él, excepto que sea coherente à la persona.*

§. III.

100. *EL testador puede revocar expresa, ò tacitamente los legados.*

101. al 105. *¿En qué casos se entienden revocados, aunque no los revoque expresamente?*

106. *Legando el testador un carro que tiene su bestia para tirar de él, ¿si deberá llevarlo el legatario con ésta, ò no?*

107. 108. *¿En qué casos no se revoca tacitamente el legado?*

109. 110. *¿De dónde se deben deducir los legados, ya disponga el testador entre herederos legitimos, ò extraños, ò el legado annuo que dexe?*

111. *Teniendo el testador ascendientes, ò descendientes legitimos, y dexando tantas mandas, que no caben en el tercio, ò quinto, ¿cómo se han de deducir?*

112. *Si dexa à uno el quinto, y à otros tantos legados, que no caben en éste, ò si teniendo hijos, dexa à estos, y à extraños tantos que no caben en el tercio, y quinto, ¿qué se debe hacer?*

113. *Legados genericos, ¿si sufrirán solamente la deduccion, ò se ha de ampliar tambien à los especificos?*

§. IV.

114. 115. *EN los legados, y fideicomisos particulares há lugar el derecho de acrecer entre los conjuntos, excepto en un caso.*

116. *Há lugar tambien entre dos deudores mancomunados en quanto à la liberacion de su debito.*

117. *No há lugar en quanto à la propiedad de lo legado quando no hay conjuncion.*

118. *Ni quando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente.*

119. *Ni quando falta el legado por los motivos que se expresan.*

En

120. *En las herencias universales pasa al coheredero, y substituto la carga impuesta por el testador.*

121. 122. 123. *¿Si pasará, ò no en los legados?*

124. *Enagenando uno de los legatarios conjuntos la parte de su legado, ¿si el colegatario repudia la suya, à quién se acrecerá?*

§. V.

125. 126. *LOS legados que el marido hizo à su muger, ¿si se compensarán, ò no con la dote que con ella recibió?*

127. 128. *Los bienes parafernales, ¿si se compensarán, ò no con el legado que la hizo?*

129. *Habiendo recibido el testador cierta suma en dote con su muger, y otra en bienes parafernales, y legado en su testamento por dote à las hijas de ella mayor suma que las dos recibidas, mandando que se contentasen con ésta por todo su haber, ¿si se compensará, ò no este legado con la dote, y bienes parafernales de su madre?*

130. *No se compensan las arras con el legado que el marido hace à su muger, excepto que lo mande.*

131. *Ni con los gananciales que la tocan.*

132. *Ni el legado que hace à su hija impubere, con la dote que está obligado à darla.*

133. 134. *Si el marido lega à su muger todos sus vestidos, y joyas, ¿quáles se entienden legados?*

135. *En el legado genérico de vestidos, ¿quáles se comprehenden?*

136. *Donando* inter vivos *el deudor à su acreedor alguna cosa, no se presume donarsela con animo de compensarla con lo que le debe.*

137. 138. 139. *Legando simplemente el deudor à su acreedor alguna cantidad, ¿si se compensará, ò no con lo que le debe, ya sea necesario, ò voluntario el debito?*

140. *Si el acreedor lega à su deudor la prenda, ¿en qué vale el legado?*

141. *No há lugar la compensacion de la especie debida con la cantidad legada, excepto en un caso, pero sí quando son diferentes especies; y tambien en las deudas que se deben al superstite por disposicion de ley, estatuto, ò costumbre, no constando lo contrario de la voluntad del legante.*

§. VI.

142. al 144. *¿A Quién pertenecen, y cómo se han de dividir los frutos pendientes de la alhaja propia del testador simplemente legada, ya teste entre herederos legitimos, ò extraños?*

145. *Si el legatario de usufructo de alguna finca muere, dexando frutos pendientes en ella, tocan à su heredero.*

146. 147. *Si el testador dexa solamente al legatario el usufructo de algun fundo, y en él hay frutos pendientes quando fallece, ¿à quién pertenecerán?*

148. *¿Cómo se han de dividir las pensiones de la finca locada por el testador entre sus herederos, y el legatario, à quien estando arrendada, la legó?*

149. *¿Si corresponderán, ò no al legatario de cosa especifica propia del testador los frutos que produce despues que muere, aunque su heredero no acepte la herencia, y el testamento se rompa por pretericion, ò exheredacion, ò por no contener heredero?*

150. *Siendo el legado de cosa generica, vale; pero no se deben los frutos al legatario sino desde el tiempo en que el heredero se constituye en mora.*

151. *Ni quando el legado es de quota de bienes sin asignacion de cosa alguna para parte de pago; ni en los casos en que no se transfiere el dominio al legatario antes de la eleccion, mora, dia, ò condicion.*

152. *Si ningun heredero fue instituido, ò aunque lo fuese, si no quiere aceptar*

tar la herencia, ¿qué deberá hacer el legatario?

153. *Revocado el legado hecho en ultima voluntad, y entregado al legatario con expresion del instrumento en que se hizo, ¿si tocarán, ò no al legatario los frutos percibidos de la cosa legada hasta la revocacion, ò muerte del testador?*

§. I.

DE LA DIVISION DE LOS LEGADOS, y qué cosas puede, ò no legar el testador.

1 MAteria facil, y poco util parecerá la del presente capitulo à los que ignoran la disposicion de Derecho, fundados tal vez, en que en cumpliendo lo que el testador ordena, no hay mas que hacer; pero yo la conceptúo dificil, y no menos precisa para el Contador, que las demás del tratado de Particiones: y aunque toqué algo acerca de ella en el cap. 1. de mi primera parte §§. 2. y 3. procuraré no obstante explicar aqui muchas particularidades que alli omití, à fin de que se instruya, y no tenga necesidad de preguntarlas. Digo, pues, que la manda, ò legado es una donacion, ò dadiva que el testador hace en su ultima disposicion à alguno para que su heredero se la entregue, ò por su alma; ò por amor de Dios; ò por hacer bien à quien se la dexa. (1)

2 Se dividen las mandas en *forzosas*, y *voluntarias*; y en *genericas*, y *especificas*. Las forzosas son las que los testadores de estos Reynos están obligados à dexar en sus tes-

(1) Leyes Legatum est, ff. de Legat. 1. & 2. y leyes 6. tit. 6. y 1. tit. 9. Partid. 6.

testamentos para la redencion de Christianos Cautivos, conservacion de los Santos Lugares de Jerusalén, y casar huerfanas, y su importe son 36. maravedis à lo menos por una vez; y si los otorgan en esta Corte, y ocho leguas de su contorno, à los Reales Hospitales de ella, mandando se les den 48. maravedis, ò lo mas que cada uno quiera, de lo qual traté en el num. 27. de dicho capitulo primero. Y las voluntarias son las que dependen de su mera voluntad, ya sea por efecto de su liberalidad para hacer bien al legatario, ò por su alma, ò la de otro.

3 Las genericas son las de cosas que consisten en numero, peso, ò medida, v. g. trigo, vino, aceyte, dinero, &c. ò aunque sean especificas, no se distinguen por la expresion con que están hechas, v. g. un caballo, una mula, &c. sin nominar quál es: de las quales para su percibo compete al legatario accion personal, è hipotecaria, y no la de reivindicacion, ni otra, por no transferirsele su dominio antes de su tradicion: (1) y puede pedirlas al heredero en el Lugar en que habita, ò empieza à pagarlas, ò en el en que el testador las mandó satisfacer, ò está la mayor parte de sus bienes. (2)

4 Y las especificas son las que se conocen luego que se nombran, por las señales con que el testador las distingue, v. g. una casa sita en tal parte con tales linderos, un caballo de tal pelo, edad, y altura, &c. y de estas siendo propias del testador, y hechas pura, ò simplemente, se transfiere inmediatamente que fallece, sin necesidad de tradicion, el dominio al legatario, al qual compete la accion de reivindicacion: y asi puede pedirlas al heredero, y

(1) Ley 1. Cod. Communia de Legat. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 7. vers. Si vero legatum, cerca del fin.

(2) Ley 48. tit. 9. Partid. 6. verb. Mas las otras cosas.

y éste debe entregarselas en uno de tres Lugares, que son: el en que habita, ò están, ò en que se halla la mayor parte de los bienes del testador, excepto que éste prefina en quál debe hacerle su entrega. (1)

5 No solo debe haber el legatario, y el heredero entregarle la cosa especifica propia del testador que le legó simplemente, sino tambien todo lo que la pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fue legada hasta el dia que se la entregue, ya fuese por haberselo dado el mismo testador, ò agregadosele algo por avenida de rio, ù otra causa, ò motivo, como se prueba de la ley 37. tit. 9. Partid. 6. que en su primera parte dice: *Entregar debe el heredero à aquel à quien fue fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciese aquella cosa mandada. E esto sería como si le mandase un solar, è despues que gelo obiese mandado, ficiese el testador casa, ù otro edificio en él: cá estonce aquel à quien fue fecha tal manda, debe haber tambien la casa como el solar. E eso mismo decimos que sería, si le ficiese manda de un campo, è despues se le acresciese alguna cosa por avenidas de rios que le corriesen de cerca, ò se ayuntasen à él otras cosas, asi como arboles, ò fuese hí puesta viña despues.* (2)

6 Lo qual se entiende, à menos que el testador mande lo contrario, como lo dice la ley *Servum filii* 44. ff. *de Legat.* 1. ibi: *Si areæ legatæ domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem.* Pero si el aumento fue hecho en cosa legada, sabiendo el testador que

(1) Leyes 34. y 48. tit. 9. Partid. 6. ley 47. ff. de Legat. 1. ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 1. ley Qui in testamento domini, ff. de Testament. y ley 2. Cod. Communia de Legat.

(2) Ley Si ex toto, ff. de Legat. 1.

que era agena, nada de él, ni de su estimacion debe llevar el legatario. (1)

7 Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece à su legatario, le pertenece tambien su diminucion, ò menoscabo; por lo que si despues de haberle legado una casa, fundo, ù otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar. (2) Y lo propio milíta, si la casa se arruinó, pues llevará unicamente la area, ò solar en que estaba edificada, que es el residuo. (3)

8 Pero si el testador la levantó, ò reedificó despues de arruinada, no tiene derecho à ella el legatario, porque es cosa nueva, la qual, ni su suelo no le están legados; y asi es visto haber revocado el legado, y mudado su voluntad, excepto que dexe algo sin reedificar, pues de esto se le deberá la area. (4)

9 Puede legar el testador no solamente sus bienes, sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia, ò ignorancia de que pertenecen à éste: y valdrá el legado, y estará obligado su heredero à entregarlo al legatario, ò su estimacion; pero en éste no se transfiere *ipso jure* su dominio, como quando lo legado es propio del legante. (5)

10 Se entiende lo expuesto, quando no hay mas herederos instituidos que uno, ò aunque sean muchos, es gravado especialmente uno solo à la tradicion del legado; lo

(1) Ley Si chorus, §. Area, ff. de Legat. 3. & ibi. DD. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 16. Aillon ad Gom. ibi. n. 18. Sr. Covar. Pract. cap. 2. n. 2.

(2) Dicha ley Si ex toto.

(3) Ley Si grege, vers. fin. ff. de Legat. 1.

(4) Ley si ita legatum, §. Si domus, ff. eod. tit. Gom. ibi. vers. Similiter.

(5) Ley Unum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2. ley Si hæredis servus, ley Si quis inquilinos, §. 1. y ley Si tibi homo, §. Si fundus, ff. de Legat. 1.

lo que al contrario si son muchos, y todos gravados à restituir, ò entregar la alhaja que pertenece à uno de ellos, pues el dueño de ésta por lo que le toca en la herencia, solo estará obligado parcialmente à entregarla, ò su estimacion. (1)

11 Tambien puede legar la cosa agena; y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario, vale el legado, y el heredero está obligado à comprarla: y si su dueño no quiere vendersela, à darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero à dar su valor, ò estimacion al legatario extraño; lo que al contrario si es consanguineo, ò su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume, que aunque supiera que era agena, se la hubiera legado por la aficion que media. Y lo mismo procede, si lega lo ageno à un amigo grande, ò à criado suyo, pues ya sepa, ò no que lo es, vale el legado, porque versa la propia razon. (2)

12 Igualmente puede legar lo que tiene empeñado, ù obligado à alguno por menos de lo que vale; en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo, y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene, si lo estaba por el tanto, ò por mas de su valor, ya supiese, ò no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si quando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de éste era me-

(1) Ley Si tibi homo, y §. Si fundus cit. Gom. dicho cap. 12. n. 14. Sr. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 9. Partid. 6. glos. 2.

(2) Ley Cum alienam rem, Cod. de Legat. ley Filius familias, §. Si quid alicui, ff. de Legat. 1. ley Mortuo bove, §. 1. ff. de Legat. 2. ley Non dubium, §. fin. ff. de Legat. 3. ley 10. tit. 9. Partid. 6. verb. Otrosi decimos, y §. Non solum Institut. de Legat. Gom. ibi. n. 13.

menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto, que solo del exceso le hizo el legado. Asi se prueba de la ley 11. tit. 9. Partid. 6. que dice: *Manda faciendo el testador de alguna cosa suya, que él sabia que era empeñada, ò obligada à otro por menos de lo que valiese, tenudo es el heredero de la quitar de los bienes del finado, è de darla à aquel à quien fuese mandada. Otrosi decimos, que si tal cosa era empeñada por tanto, ò por mas de lo que valiese, que estonce la debria quitar el heredero del testador de los bienes de la herencia, quier sopiese que tal cosa era empeñada, ò non, quando la mandaban. Mas si por menor precio de quanto valia, yacia tal cosa en peños, si el testador non lo sabia quando lo mandó, debela quitar de lo suyo aquel, à quien es fecha la manda*, y de otras. (1) Lo qual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ò persona tal, que de qualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entonces debe el heredero redimirla, y entregarsela libremente. (2)

13 Puede asimismo legar à su deudor la alhaja, ò prenda que éste le habia entregado, y tenia en su poder por via de seguridad del debito, y valdrá el legado; pero à los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que le debia, porque no es visto haberselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda, y dexado libre del empeño la alhaja. (3) Lo qual se entiende, à menos que sea otra la voluntad del testador, bien que ésta no se presume, excep-

(1) Ley Si res obligata, ff. de Legat. 1. ley Licet, ff. de Dote prælegat. Sr. Greg Lop. en la ley 11. insert glos. 4. y 5. Gom. dicho cap. 12. n. 39.

(2) Ley Prædia, Cod. de Fideicommis. glos. & DD. in dict. leg. Si res obligata.

(3) Ley 16. tit. 9. Partid. 6.

cepto que la pruebe el legatario. (1)

14 Y si suponiendo el testador estar debiendo à alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su animo fue legarsela, y para ello supuso que se la debia, y asi deberá darsela el heredero; y si fuese cierto el debito, tambien deberá darsela, y no mas, porque es visto haber querido pagarselo, y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado. (2)

15 Del mismo modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido, ni existen *in rerum natura*, v. g. hijos de siervas, ò de ganados, frutos de tierras, arboles, &c. con tal que se espere que han de nacer: y verificado su nacimiento valdrá el legado, (3) pues pueden ser donadas, (4) vendidas, (5) hipotecadas, (6) y por qualquier contrato enagenadas; (7) y el legado de estas cosas se puede llamar condicional en quanto à la disposicion, accion, y obligacion, porque estas no competen antes que aquellas nazcan; pues al modo que la condicion expresa puesta por el hombre, ò por la ley, impide el nacimiento de la obligacion, del mismo modo la condicion tacita, è intrinseca legal; (8) pero no es condicional para efecto de impedir la

(1) Ley 1. §. 1. ff. de Liberation. legat. y ley Si mulier, §. fin. ff. de Legat. 3.

(2) Leyes 19. y 20. tit. 9. Partid. 6. ley Legavi, ff. de Liberation. legat. ley Si sic, §. 1. ff. de Legat. 1. y ley 2. Cod. de Fals. caus. adject. legat. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 20.

(3) Ley 12. tit. 9. Partid. 6. ley Quod in rerum, ff. de Legat. 1. y ley Etiam, ff. de Legat. 3.

(4) Ley Spem, Cod. de Donation.

(5) Ley Nec emptio, ff. de Contrahend. emption.

(6) Ley Et quæ non dum, ff. de Pignorib.

(7) Ley Inter stipulantem, §. Sacram, vers. Pro quo, y ley Interdum, ff. de Verbor. obligation.

(8) Glos. in leg. Item quia, ff. de Pact.

la transmision de lo legado. (1)

16 Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba, ò no viva, debe el heredero dar caucion, y seguridad al legatario de que la buscará, y averiguará su existencia; y verificada ésta, se la entregará, à cuyo efecto practicará à su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que expender. (2) Y lo mismo procede, quando el testador sabe que existe, pero está en parage remoto, pues el heredero debe buscarla à sus expensas, y entregarla al legatario. (3)

17 Puede legar en igual forma las cosas incorporeas, v. g. los derechos, y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de personas, casas, ò fundos agenos, y valdrá el legado. Pero es de advertir, que si despues de legado el debito, reconviniere al deudor sobre su solucion, y lo exigiere de él, se entiende revocado el legado: y asi no está obligado su heredero à entregar su importe al legatario; lo que al contrario, si el deudor lo satisfaciere de su propia voluntad, sin serle pedido, pues vale, y el heredero tiene obligacion de entregarselo: y la razon es, porque respecto haberlo satisfecho sin demandarselo el testador, es visto que éste quiso recibirlo, y tenerlo guardado para el legatario. (4)

18 Legando simplemente el testador un fundo, ò cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ò esperanza.

(1) Ley Conditiones 99. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley Cum illud 25. al fin, ff. Quando dies legati cedat. Gom. dicho cap. 12. n. 24.

(2) Ley 12. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley Cum servus, ff. de Legat. 1. Sr. Greg. Lop. en la ley 12. cit. glos. 2.

(4) Ley 15. tit. 9. Partid. 6. ley Cætera, ff. de Legat. 1. ley Pecoris, ff. de Servitut. rustic. prædior. y ff. de Servitut. legat. ley final, ff. Communia prædior. y ley Fideicommissa, §. Si rem, ff. de Legat. 3.

za cierta, ò probable de adquirirlo, ò parte en él, es visto, y se entiende que lega unicamente el derecho, ò parte que en él le compete, y no lo que no es suyo; y asi por lo demás nada debe dar su heredero al legatario, (1) ni à éste compete la mas leve accion à ello.

19 Lo qual há lugar, aunque el tal derecho que el testador tiene, haya de perecer, y extinguirse con su muerte; (2) y procede, ya lo sepa, ò no, ò lo dexe à persona conjunta, ò à extraña, ò le pertenezca por accion de dominio, ò por la personal en virtud de contrato: y sin embargo de que despues de hecho el legado, compre, ò consiga por otro titulo la cosa integra, ò no, pues en todos estos casos se debe solamente al legatario la parte, ò derecho que al tiempo de hacer el legado competia en ella al legante; pero en este ultimo se entiende quando hizo mencion del dominio, ò derecho, diciendo: *Lego à Pedro tal cosa mia, ò el derecho que en ella me toca*, pues si sin hacer la mencion, dice: *Lego à Pedro tal cosa*, en este caso comprandola, ò consiguiendola despues toda, se debe dar integra al legatario. (3)

20 De lo expuesto se deduce lo primero, que si el testador tiene solamente el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar el usufructo, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo espira, y se extingue con su vida. (4) Lo segundo, que si posee la cosa en *enfiteusi*, éste se ha de acabar

(1) Ley Servi electione, §. fin. y ley Servum filii, & utrobique glos. & DD. ff. de Legat. 1.

(2) Ley Quod in rerum, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi. glos. & DD. y ley Uxor patrui 20. Cod. de Legat.

(3) Arg. leg. Si ex toto, ff. de Legat. 1. Bart. Bald. Paul Alex. y otros en la ley Servum filii cit. Gom. dicho cap. 12. n. 15. & ibi. Aillon n. 17.

(4) Dichas leyes Quod in rerum, y Uxor patrui. Gom. ibi, vers. Ex quo notabiliter infero.

bar con su vida, y lo lega tambien simplemente: tampoco toca cosa alguna al legatario, porque se refiere al derecho que en ella tiene: y como éste se extingue por su muerte, nada queda que entregar al legatario, y por consiguiente no hay legado. (1) Lo tercero, que si el padre lega un fundo, ù otra cosa de los bienes adventicios de su hijo, en que tiene unicamente el usufructo legal, es visto que no lega mas que el derecho que en ella le compete; y asi nada de él, ni su estimacion se debe al legatario. Lo quarto, que si el poseedor del mayorazgo lega simplemente alguna finca de él, ò el marido alguna dotal, tampoco es visto legar mas que el derecho que en ellas les compete, y ha de perecer con su vida; y asi no se debe su estimacion al legatario. (2) Y lo quinto, que si el testador instituye muchos herederos, y grava al uno à que dé à otro la alhaja hereditaria, se juzga gravado solamente à darle su parte, que es el derecho que en ella tiene, y no obligado à comprar à los coherederos las suyas, y darsela entera. (3)

21 Teniendo el testador muchas cosas de una especie, v. g. caballos, mulas, ù otras, y legando una de ellas à un sugeto, y otra à otro, sin distinguir: si una es mas preciosa que la otra, y discordan sobre quién ha de elegir, parece que la inferior se debe dar al nombrado primero, porque en duda siempre es visto ser legado lo que menos vale, (4) ò deberán echar suertes, para dirimir su con-

(1) Bart. & DD. in dict. leg. Quod in rerum. Bal. Paul. y otros en la ley Uxor patrui. Imol & alii in cap. Pastoralis de Donation.

(2) Gom. cap. y vers. dichos.

(3) Ley Si fundum sub conditione, §. Si libertus, ff. de Legat. 1.

(4) Ley Si ita sit adscriptum 14. al fin, y ley Cum servus 39. §. Scio, ff. eod. tit. ley Unum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2. ley Qui concubinam, §. 2. y ley Nummis, ff. de Legat. 3.

controversia, y discordia, (1) ò que el que pida primero, y contexte el pleyto, será preferido, y elegirá. (2)

22 Pero no obstante, nada de lo expuesto se deberá practicar; y asi el legatario nombrado primero hará la eleccion: Lo primero, porque por serlo en primer lugar, se conceptúa mas predilecto. (3) Y lo segundo, porque reputandose este legado, y siendolo de cosa incierta de ciertas, en el qual toca la eleccion al legatario, (4) pertenece al primero, como mas amado del testador; pues no se quita el derecho del otro, ni aun se suspende, ni difiere, y solo se trata de percibir lo legado en primer lugar. Y lo mismo será aunque se suspenda, y difiera, con tal que no se quite, como dicen los Autores. (5)

23 Si el testador lega cantidad cierta al hijo, ò hija que le naciere, y nacen dos, ò mas, parece que cada uno llevará integra la legada. Pero se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos, y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados. (6) Y si hizo el legado distributivamente, diciendo: *Si algun hijo, ò hija me nació, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno *in solidum*, porque es visto haberla legado enteramente à qualquiera de ellos. (7)

Y

(1) Arg. leg. 3. Cod. Communia de Legat.

(2) Arg. leg. Si pluribus, vers. fin. ff. de Legat. 1. y ley Pluribus, ff. de Procurator.

(3) Arg. leg. Quotiens, ff. de Usufruct. y ley Qui solvendo, ff. de Hæredib. instituend.

(4) Ley qui duos, ff. de Legat. 1.

(5) Din. & DD. in leg. Si ita sit adscriptum cit. Gom. dicho cap. 12. n. 18. Valasc. consult. 121. ex n. 3. Escobar computat. 10. n. 12 de Ratiocin. Burg. de Paz consil. 27. n. 21. Molin. Tom. 1. disp. 198.

(6) Ley Si quis Titio, §. fin. ff. de Legat. 1.

(7) Ley Qui filiabus, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi. DD. Gom. cap. cit. n. 19. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 283. Menoch. lib. 4. præsumpt. 106. n. 32. y præsumpt. 128.

24 Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo unico con que à la sazon se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada, dice: *Que al hijo, ò hija que le nazca, lega*, v. g. *mil ducados por via de alimentos*, y le nacen dos gemelos varones, ò hembras, ò varon, y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos postumos, antes bien cada uno la debe percibir integra. (1)

25 Siendo legada à un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y à otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios succede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor, ò estimacion; sin que lo obste el concurso de dos causas lucrativas, porque en su origen no proviene éste de una sola persona, sino de diversas, de las quales los derechos, y acciones que las competian, se refundieron, y consolidaron en una sola: (2) y quando esto se verifica, lo puede pedir todo. (3)

26 Pero es de advertir, que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir, y percibir primero éste, porque si pide, y consigue aquella, de modo que se aposesiona en forma quieta, y pacificamente de ella, no tiene derecho à pretender despues su precio: (4) y la razon es, porque recibiendo antes la cosa, consigue to-

(1) Ley Si ita scriptum 13. ff. de Liber & posthum. glos. & Bart in leg. 3 § fin. ff eod. tit. glos. in leg. 3. ff. de l justo rupt. testam. verb. Si nascuntur Sr. Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Partid 6. glos. 3. vers. Item pone quod habens.

(2) Arg leg. S servus legatus, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi. DD. Paul. de Castr. in dict. leg. Si mihi, & tibi col. 1. Com. cap. cit. n. 20. vers. Et idem est. Menoch. dicho lib. 4. præsumpt. 173. n. 2. 8. y sig.

(3) Ley Tutorem, ff. de His quæ ut indignis.

(4) Ley 44. tit. 9. Partid. 6. y §. Si res Institut. de Legat.

todo el derecho, y pleno dominio que se le debe, el qual no recibe aumento: (1) y recibiendo solamente su estimacion, no consigue mas que el precio de ella, que es muy diverso, y facilmente se pierde, y consume: por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella. (2) Y lo propio milita por identica razon, quando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa à uno, pues si quiere percibirla, y su valor, debe demandar, y exigir éste antes que aquella, (3) como sentè en el cap. 1. de mi primera parte §. 2. num. 39.

27 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie, ò genero, y expresando la qualidad, ò accesorio que solamente se halla en alguna, ò algunas de ellas, v. g. diciendo: *Lego todos mis siervos con peculio. Lego todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus ornamentos, ò aderezos: todos mis anillos con sus piedras: todos mis fundos con sus instrumentos, &c.* parece que el legatario tendrá derecho solamente à los que tengan el accesorio, ò qualidad especificada por el testador. Pero lo contrario es lo cierto: y asi deberá llevar todos los de aquel genero, ò especie, ya la tengan todos, ò unos sí, y otros no: y la razon es, porque aquella qualidad se pone aumentativa, y declarativamente, para que se dé tambien al legatario con la cosa principal à que está anexa, ò adherida, y no limitativamente, para que se le entre-

(1) Ley Si quis vi, §. 1. ff. de Acquirend. posses. y ley Non ut ex pluribus, ff. de Regul Jur.

(2) Jason in addition. ad Christophor in §. Si res aliena Institut. de Legat. Paul. in leg. Plane, §. fin. ff. de Legat. 1. Gom. lib. y cap. cit. n. 38. vers. Item adde quod idem est.

(3) Dicha ley 44 tit. 9. Partid. 6. y ley Plane, §. Si duorum, ff. de Legat. 1.

tregue solamente la cosa en que no se halla. Lo qual procede, excepto que el testador lo limíte expresamente, diciendo: *Lego mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos, ù ornamentos, &c.* pues entonces se observará su voluntad, porque se entienden legadas unicamente las que tienen la qualidad, ò accesorio. Asi se prueba de la ley 52. ff. *de Legat.* 1. que dice: *Si cui servi omnes cum peculio legati sint, etiam hi servi debentur, qui nullum peculium habent*, y de otras: (1) pues las cosas inducidas para incremento, no obran, ni dan decremento, ò diminucion, ni al contrario. (2)

28 Si el testador lega à uno un fundo determinado, ù otra cosa especifica, y à otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo, ò cosa legada, parece que el legatario de ésta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le transfirió con la muerte del testador, ò que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará: y asi la dividirán à prorrata de lo que la misma cosa, y la cantidad legada importen, (3) pues la voluntad del testador que quiso beneficiar à ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

29 Aunque el testador legue dos, ò mas veces una cosa especifica, v. g. casa, viña, ù otra à un legatario en un testamento, no está obligado su heredero à darsela, ni su

(1) Ley Cui vinum 6. ff. de Tritico vino, & oleo legat. ley Si quis legaverit 11. ff. de Aur. argent. legat.

(2) Ley Si mancipia 19. ff. de Instruct. vel instrum. legat. y ley Legata inutiliter, ff. de Legat. 1. Gom. dicho cap. 12. n. 30.

(3) Arg. leg. Quærebatur, ff. ad leg. Falcid. Gom. ibi. n. 34. & ibi. Aillon n. 37. Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 51.

su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede si le legà cosa consistente en numero, peso, ò medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y asi solo llevará una suma, à menos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y percibiese ambas sumas; (1) al modo que el que en contrato promete una cantidad dos, ò mas veces, no está obligado à pagarla mas que una vez. (2)

30 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad à uno, y despues la misma en codicilo, ò en otra escritura, deberá su heredero entregarselas ambas, no probando éste lo contrario de su voluntad. (3) Mas no, si se la legó segunda vez por alguna cierta causa. (4)

31 Pero si las cantidades son diversas, y desiguales en el numero, las llevará ambas el legatario, porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya legue primero la mayor, que la menor, ò ésta que aquella. Y lo propio milita, si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion, pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva, y distinta qualidad añadida, excepto que de su mente se infiera lo contrario. (5) De suerte, que siempre que el testador varía el modo de hacer el legado à un mismo sugeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo, ò causa, es visto que quiere multiplicar el legado: y asi llevará, y se de-

(1) Ley Plane, §. Sed si non sit corpus, ff. de Legat. 1. ley Cum centum, ff. de Adimend. legat. y ley 45. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley Qui bis, ff. de Verbor. obligation.

(3) Ley Quingenta, ff. de Probation. y ley 45. dicha.

(4) Ley Libertis quos, ff. de Alimet. & cibar. legat. y ley 1. §. Mela, ff. de Dote prælegat.

(5) Dicha ley Cum centum, ff. de Adimend. legat. & ibi. Bart. Speculat. tit. de Testam. §. 1. vers. Item pone.

deberán dar ambas sumas al legatario. (1)

32 Si el testador dice: *Lego mis vestidos, ò mi plata, caballos, siervos, &c.* se entiende legar los que tiene quando hace el legado: y asi el legatario no tiene derecho à mas que à ellos, aunque despues adquiera, ò tenga muchos mas, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro, segun claramente se prueba de la ley 7. ff. *de Auro argento legat.* que dice: *Si ita esset legatum*, vestem meam, argentum meum, damnas esto dare, *id legatum videtur quod testamenti tempore fuisset, quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset, nam cum dicit*: vestem meam, argentum meum, *hac demonstratione*, meum, *præsens, non futurum tempus ostendit. Idem est, & si quis ita legaverit servos meos.* Y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, pues no vienen, ni se comprehenden en él los que despues adquiera. (2)

33 Legando el testador cierta cantidad à las hijas de uno, teniendo éste hijos varones tambien, ò legandola à sus hijos, y teniendo igualmente hijas, ¿se duda si en uno, y otro caso se estenderá à todos el legado? Y se responde, que en el primero lo llevarán solamente las hijas, porque baxo del nombre de hijas no se comprehenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso participarán tambien de él. Y la razon es, porque en el genero masculino se comprehende el femenino, y no éste en aquel, y lo mas digno no se contiene en el menos digno, antes sí

(1) Bald. in leg. Plane, §. 1. ff. de Legat. 1. & ibi. Paul. de Castr. col. fin. n. 10. Alex. Decio, Jason, y otros. Gom. dicho cap. 12. n. 38.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. Partid. 6. glos. 3. col. ante penult. vers. *Quid autem si quis faciat majoriam.*

sí éste en él, ly lo atrae à si. (1)

34 Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte, ò lugar, si en él puso despues, ù otro de su consentimiento, ò por su mandado algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario, si éste, ù otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto, pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado: y asi solo lo que el testador tenia, puso, ò metió, ù otro de su consentimiento, ò en virtud de su precepto, será lo que lleve. (2)

35 Pero si el testador manda, v. g. sus vestidos, ù otras cosas suyas de cierto genero, que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan alli otras del mismo genero, si no son suyas, no las llevará el legatario. (3) Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador à lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas: y en el expresado en el precedente numero se refiere à lo que está en aquel parage que señala; y asi ya sea, ò no suyo, lo debe llevar todo, ò la estimacion de lo ageno.

36 Habiendo legado el testador à su muger, ò à otro, v. g. el trigo que tiene en su trox, panera, ò en otro parage, si despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece éste al legatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas: y la razon es, porque se presume, que su intencion, y voluntad fue subrrogarlo en lugar del que tenia, y gastó, y por consiguiente

(1) Ley Si ita scriptum 45. ff. de Legat. 2. Socin. in suis Fallent. regul. 255. Decio de Regul. jur. in leg. Fœminæ n. 127.

(2) Ley Omnia 32. §. Cum ita legatur 3. ff. de Legat. 2. & ibi. glos. & DD. ley Nomen, §. 1. ff. de Legat. 3. y ley penult. §. fin. ff. de Aur. argent. legat.

(3) Ley Si ita esset legatum 7. ff. de Aur. argent. legat. Gom. ibi. n. 49.

te dexar subsistente el legado. (1)

37 Si lega à alguno tanto quanto habrá, ò habrán el heredero, ò herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero, ò herederos la otra mitad, porque la proposicion indefinida equivale à la universal. Y si le lega tanto quanto tiene uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido: (2) porque en duda se entienden gravados en quanto menos sea posible, segun Derecho. (3)

38 Imponiendo simple, y absolutamente el testador à sus herederos el gravamen de dar al legatario, v. g. *ciento*, están obligados à darselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede, si instituyendo muchos herederos, dice: *Mando, que mi heredero dé à Pedro ciento*, porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse quál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale à la universal: y asi todos deben darle à prorrata los ciento. (4)

39 Pero sucederá al contrario, si el testador dice: *Qualquiera de mis herederos dé à Pedro ciento*, pues entonces todos, y cada uno de por sí *in solidum* están obligados à darselos, porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnimodamente à todos, y à cada uno à la solucion de los ciento que legó: y

(1) Arg. leg. Si servus legatus, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. Ley Lucius Titius, ff. de Legat. 2. ley fin. ff. de Liberation. legat. ley Si ita legatum, ff. de Aur. argent. legat. Gom. dicho cap. 12. n. 50.

(2) Ley Si ita relictum, ff. de Legat. 2. & ibi. Bart. & DD. Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 33. y 44. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 13. n. 9. vers Sexto subinfertur.

(3) Ley Semper in obscuris 9. y ley Semper in stipulationibus 34. al fin, ff. de Regul. jur.

(4) Gom. ibi. n. 51. vers. Et idem est, & ibi. Aillon n. 54.

y asi tantos quantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario. (1)

40 Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma à un legatario, si eximió de su solucion à uno de ellos, están obligados los demás instituidos à pagarsela integramente de las partes que les correspondan en la herencia, sin deduccion de la del esento, del mismo modo que si éste no fuera instituido, y no con respecto à que lo es: de suerte, que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos à ella gravados. (2)

41 Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador dexa algun legado, ò mejora à dos de ellos, y los nombra por sus propios nombres, v. g. *A Pedro, y Juan mis herederos lego tal cosa, ò mejoro en tanta cantidad, ò en tal alhaja*, llevarán, y dividirán igualmente entre sí el legado, ò mejora, no obstante la desigualdad de la institucion. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. g. *A mis herederos Pedro, y Juan lego tal cosa, ò cantidad, &c.* lo partirán à proporcion de la institucion. (3) Y lo mismo procede quando los grava à dar, ò pagar algun debito, ò legado. (4) De suerte, que la dificultad viene à consistir (segun conciben los Autores) en si el testador los nombra, ò grava por sus propios nombres antes de titularlos herederos; pues nombrandolos, deben llevar la mejora, ò legado, ò hacer el pago por iguales

(1) Gom. ibi. vers. Secus tamen est al fin.

(2) Ley Ab omnibus 104. ff. de Legat. 1. & ibi. glos. & DD.

(3) Ley Servus uni 67. §. fin. ff. de Legat. 1. & ibi. glos. & DD. Gom. ibi. n. 42.

(4) Ley Turpia legata 54. §. fin. y ley Hæredes nominatim 154. ff. eod. tit. ley Si plures 98. ff. de Legat. 3. ley Quotiens, y ley Non nunquam, ff. ad Trebellian. ley Si communis servus sic 29. ff. de Stipulation. servor. y ley Ita liber esse jussus, ff. de Statu liber. Gom. ibi. vers. Et idem est.

les partes; y nombrandolos primero con el apelativo de *herederos*, à proporcion de la institucion.

42 Si el testador lega una casa, y despues de legada se arruina, quema, ò destruye toda, se debe al legatario la area, ò suelo que quede, como parte de lo legado. (1) Si despues reedifica sobre la area otra casa, no se le debe la area, ni lo nuevamente fabricado en ella, porque es casa nueva, y distinta de la primera: ni tampoco se le debe la area, porque dexa de serlo, y tambien dexa de ser parte de la primera casa legada, y se constituye parte de la nueva, que no se legó. Y si esta segunda casa se arruina, quema, ò perece enteramente, tampoco se debe la area, porque es parte de ella, (la qual no fue legada) y no de la primera que lo fue. Pero si poco à poco se fue diruyendo, ò cayendo, y el testador la fue levantando, ò reedificando, se le debe, no solo la area, sino el edificio, porque se contempla la misma cosa legada, y dura aunque refeccionada, ò renovada. (2) Y si le lega solamente la area, y despues de legada construye en ella algun edificio, se debe tambien al legatario lo fabricado, como aumento de lo legado. (3)

43 Legando el testador à dos personas junta, ò apartadamente alguna cosa *juntamente*, v. g. diciendo: *Mando à Pedro, y Juan tal casa, ò viña, &c. y apartadamente* si en una clausula dice: *Mando à Pedro tal casa*, y luego en otra de la misma disposicion dice: *Que manda à Juan*

(1) Ley Si grege, vers. fin. ff. de Legat. 1. Gom. ibi. n. 41.

(2) Ley Si ita legatum, §. Si domus, ff. de Legat. 1. & ibi. glos. Bart. & DD. Gom. dicho n. 41. vers. Ulterius.

(3) Ley Servum filii, §. Si areæ, y ley Quod in rerum, §. Si quis post, ff. eod. tit. ley Si areæ legatæ, ff. de Legat. 2. & ibi. DD. y ley 37. tit. 9. Partid. 6. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. ex n. 144. Paul. de Castr. in leg. Si ita legatum, §. Si domus cit. Gom. dicho n. 41. vers. Quo ad secundum. Aillon ibi. n. 44.

Juan la propia casa, vale el legado, y deben partirlo con igualdad los legatarios, porque à cada uno fue hecho simplemente, è *in solidum*: y ya sean conjuntos, ò separados en la cosa, y palabras, ò disyuntos en estas, y juntos en aquella, no se prefieren para llevar mas. Y si alguno de ellos muere antes que el testador, ò renuncia su parte, ò sobreviene algun impedimento, por el qual no puede llevarla, se acrece al otro, ya sea dividua, ò individua; (1) pero si al tiempo de hacer el legado estaba muerto uno de los legatarios conjuntos, se acrecerá al superstite; lo que al contrario, quando no hay conjunto, pues se acrece à los bienes de la herencia, y se estima por no escrito. (2)

44 Y si uno de estos legatarios succede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario: ò al contrario, si à uno de los dos se impuso gravamen por el testador, y al otro no; (3) excepto que manifiestamente conste haber querido éste que el uno llevase la cosa, y el otro su estimacion, pues entonces el legatario que succede al otro, lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas, (4) y quando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolída integramente en éste el de ambos, y puede pedirlo. (5)

45 No puede el legatario aceptar en parte, y en parte repudiar el legado que en una clausula, y oracion le hizo el testador, ya sea de cosa señalada, v. g. un vestido, ò de universidad de bienes, v. g. una cabaña, pues aun-

(1) Ley 33. tit. 9. Partid. 6. & ibi. glos. 6. y §. Si eadem res, Instit. de Legat.

(2) Ley unica, §. In primo itaque ordine, Cod. de Caduc. tollend. & ibi. glos.

(3) Ley Si mihi, & tibi, & ibi. glos. & DD. ff. de Legat. 1.

(4) Arg. leg. Si pluribus, ff. de Legat. 1.

(5) Ley Tutorem, ff. de His quæ ut indignis. Gom. dicho cap. 12. n. 20.

aunque en ésta se comprehenden muchas ovejas, carneros, y otras cosas, se entienden, y estiman por un solo cuerpo, y legado; y asi, ò lo ha de aceptar, ò repudiar enteramente: y la razon es, porque la voluntad del testador como una, è individua no se puede dividir. (1)

46 Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar, ni repudiar el legado, si dexa varios herederos, pueden uno, ò mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, ya sea la manda de una cosa sola, ò de universidad de bienes: y la razon es, porque el legado, y su accion, y obligacion se dividen proporcionalmente entre ellos, y asi puede cada uno aceptar, ò repudiar su parte, porque acepta, y repudia todo lo que le toca. (2) Bien que la repudiada no se acrecerá à los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la qual no causa derecho de acrecer. (3)

47 Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar, ò repudiar parte de la que le corresponde, porque qualquiera heredero representa al difunto por la suya; por lo que al modo que el que lo es *in solidum* no puede aceptar en parte, y en parte repudiar: del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya, porque sería

(1) Ley Eum qui, §. Pro parte, ff. de His quæ ut indign. ley Quidam elogio, Cod. de Jure deliberand. ley 1. ff. de Acquirend. hæredit. ley Nam absurdum, ff. de Bonis libert. ley 36. tit. 9. Partid. 6. ley Legatarius, ff. de Legat. 1. ley Neminem 4. ley Grege autem 6. ley Si cui res 58. ff. de Legat. 2. y ley Si ita stipulatio al fin, ff. de Operis libertor.

(2) Dichas leyes 36. tit. 9. Partid. 6. y Legatarius, ff. de Legat. 1. ley 1. Cod. Si certum petat. ley Si ab eo, Cod. de Negot. gest. y leyes 1. y 2. Cod. de Hæreditar. action.

(3) Bart. in leg. Re conjuncti, vers. Quinto principaliter, ff. de Legat. 3. Paul. Bald. y Alex. en la ley Legatarius cit. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 36. tit. 9. Partid. 6. glos. 5. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 42. y cap. 12. n. 33.

ría representar parcial, y no totalmente al difunto, lo qual es absurdo. (1)

48 No milíta lo expuesto quando el testador hace el legado en diversas clausulas, y oraciones, pues entonces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode: y es la razon, porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo obstativo, vienen à ser muchos legados separados, y por tales se conceptúan, y estiman: (2) y asi con uno que acepte, ya le representa en el todo.

49 Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una clausula, pues puede aceptar la que quisiere, y dexar las demás. Pero si le lega dos, la una con gravamen, y la otra sin él, v. g. *cien pesos, y un siervo, con tal que dé libertad à éste*, entonces no há lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso sino quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre éste. (3)

50 Dexando el testador à un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse, y tomar despues la otra, porque no se le permite; pero si dexa la eleccion à alvedrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea. (4)

51 Si dexa à dos junta, ò separadamente una de sus cosas, diciendo: Que elixan la que quisieren, y el uno no se

(1) Ley Cum à matre, Cod. de Reivindication. y ley 2. §. fin. ff. de Prætor. stipulation. Gom. dicho n. 33.

(2) Bart. in dict. leg. Neminem, col. fin. Aretin. in leg. Si solus, ff. de Acquirend. hæreditat. col. 2. Paul. de Castr. in leg. Quidam elogio cit. col. 4. opposit. 3. Gom. n. 33. cit.

(3) Dicha ley 36. ley Si legatario, ff. de Fideicommissar. libertat. ley Si ea lege, y ley Si is qui, Cod. Si mancipium ita fuerit alienatum.

(4) Ley 25. tit. 9. Partid. 6.

se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes, y elegir aquel à quien toque, el qual está obligado à pagar al otro la parte, que del valor de aquella cosa le corresponde, segun alvedrio de hombres buenos. Y si la tal cosa fue legada à uno, dexando la eleccion à su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discordan en ella, deben hacer lo propio. (1)

52 Comprando el legatario, ò adquiriendo por otro titulo en vida del testador, ò despues de muerto, la cosa que éste le legó (y no era suya) del verdadero dueño, ò de otro tercero, ya sea con ignorancia, ò ciencia de que le estaba legada, y era agena, no pierde el legado: y asi puede pedir su valor, ò estimacion, ya se la haya legado pura, ò condicionalmente. (2) Mas si la compra à su heredero, no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado. (3)

53 Siendo del testador la cosa legada, si la legó condicionalmente, ò à dia cierto, y durante su vida, ò despues de ella la compró, ò adquirió de su heredero el legatario, pendiente el dia, ò la condicion con ignorancia, ò ciencia, puede pedir tambien su precio, ò estimacion luego que llegue el dia, ò la condicion se cumpla, (4) pues el derecho de futuro no se puede renunciar. (5)

54 Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida, ò despues de ella la compra, ò adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y asi puede

(1) Ley 29. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley Plane ubi transferre 34. §. Quod si rem, y ley Si à substituto 45. ff. de Legat. 1. & ibi. DD.

(3) Imol. in dict. leg. Si à substituto.

(4) Dicha ley Si à substituto, & ibi. glos. ley In quartam, ff. ad leg. Falcid. y ley Cui res, ff. de Action. empt. DD. in dict. §. Quod si rem.

(5) Ley Si ita scriptum, §. 1. ff. de Legat. 2.

de pedir su valor; (1) pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada, lo pierde, por ser visto renunciarlo. (2)

55 Si el testador instituye heredero, y lo substituye, gravandole con algun legado, es visto ser gravado tambien el substituto en la herencia, y asi éste debe dar al legatario el mismo legado, que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar, ò fideicomisaria la substitucion. Lo qual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tacita, ò expresamente lo contrario, v. g. quando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al substituto con otra diversa: ò quando la causa, por la qual gravó al heredero, cesó en el substituto: ò quando substituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario, ò quando por otros semejantes modos, y congeturas se conceptúa no haber querido gravarle. (3) Y lo mismo procede quando dice: *Mi heredero, ò qualquiera que sea mi heredero, dé à Juan tal cosa, ò cantidad*, pues siendo muchos los herederos, à todos comprehende el gravamen de dar lo que el testador manda. (4) Sobre lo qual vease à *Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 12. *num.* 36. *& ibi. Aillon num.* 39. y à los que éste cita.

56 El testador puede libertar à su deudor de lo que le debe, ya sea el debito civil, ò natural, ò juntamente natural, y civil, ò perpetuo, ò à tiempo cierto, y valdrá el le-

(1) Ley Hujusmodi, §. Qui servum, ff. de Legat. 1.

(2) Ley Illud, ff. de Acquirend. hæredit. y ley Titius 9. ff. Quibus modis pignus, vel hipotheca solvitur, vel non.

(3) Ley Licet Imperator 74. ff. de Legat. 1. ley Si Titio, & Mœvio, §. Julianus, y ley Cum pater, §. Ab instituto, ff. de Legat. 2. y ley Quidam referunt, ff. de Jure Codicillor.

(4) Ley Si plures 98. ff. de Legat. 3.

legado, (1) ya lo haga especificamente à alguno, ò genericamente à todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en quanto al genero, como la especial, ò particular en quanto à la especie; y el de liberacion no solo aprovecha al deudor, y à sus herederos, sino à su fiador; pero no al contrario, haciendose à éste, pues à ninguno de aquellos aprovecha. (2)

57 Pero es de advertir, que la confesion del debito hecha en testamento, ò en codicilo, no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado: excepto que sea jurada, y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte; (3) y asi el sugeto à cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, pues se resuelve en legado, ò fideicomiso por tacita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haver debito, por lo que se puede pedir como legado. (4) Tampoco perjudica à los hijos en su legitima, porque ésta se les debe *jure naturæ*, y son acreedores à ella: por lo que solo valdrá en el quinto, si la hace à favor de extraño, que es lo que el testador teniendolos, puede dexarle: ò en el tercio, y quinto, si la hace al de un hijo, ò descendiente legitimo, que es en lo que respecto de los demás puede mejorar à qualesquiera de estos:

(1) Ley 1. & per tot. ff. de Liberation. legat. y §. Si quis debitori, Institut. de Legat.

(2) Ley 2. ff. de Liberation. legat. y ley Si quis reum 9. ff. eod. tit. & ibi. glos. & DD. y ley Omnes, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Gom. dicho cap. 12. n. 82. vers. Item adde quod prædicta.

(3) Gutier. de Juram. confirm. part. 2. cap. 6. n. 5. Benedict. in cap. Raynutius, verb. In extremis n. 14. Avendañ. in cap. Prætor. part. 2. ex n. 9.

(4) Ley Si sic legatum 75. §. Si mihi, ff. de Legat. 1. ley Lucius 88. ff. de Legat. 2. §. Quisquis 10. y Ley Lucius 93. §. Semproniæ, ff. de Legat. 3.

tos: ò en el tercio, si la hace à favor de extraño, y tiene ascendientes solamente, que es de lo que por la ley 6. de Toro se le permite disponer en perjuicio de estos. (1)

58 Por la remision, ò liberacion del debito hecha en contrato, ò en ultima disposicion, es visto ser remitido el puro vencido, y de presente, mas no el condicional, ò à cierto dia, excepto que otra cosa se exprese; (2) y en la general solo vienen, y se comprehenden los debitos personales à favor del difunto, pero no los reales, ò hipotecarios: por lo que si uno posee alguna cosa de éste, sobre la qual podia ser reconvenido por la reivindicacion, ù otra accion real, no se entiende remitida, ni comprehendida en el legado de remision, y asi el heredero puede repetirla del poseedor. (3)

59 De quatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del debito: La primera *expresamente*. La segunda, diciendo el testador: *Dexo, ò lego à Juan mi deudor lo que me debe*. La tercera, diciendo: *Mando, ò gravo à mi heredero à que no pueda pedir à Pedro lo que me debe*. Y la quarta, legando al deudor el instrumento, vale, ò escritura que formalizó para su seguridad. (4) Previniendo, que si el testador lega à un tercero el instrumento del debito, es visto legarle el mismo debito en él contenido, y gravar à su heredero à que se lo entregue, y le ceda las

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 5. ex n. 21. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 111. ex n. 21. Sr. Salgad. part. 3. Labir. cap. 13. Parlador. lib. 2. Rer. quotidianar. cap. 14.

(2) Ley Si ita scripsisset, ff. de Legat. 2. ley Si ita esset legatum, ff. de Auro argent. legat. ley Si stipulatus fuerim, §. 1. ley Si à colono, y ley Cum stipulamur, ff. de Verbor. obligation Gom. ibi. n. 82. vers. Item adde quod facta.

(3) Ley Aurelius, §. Mœvia, ff. de Liberation. legat. Gom. dicho n. 82. vers. Item adde quod in tali.

(4) Leyes 1. 2. y 3. ff. de Liberation. legat. Gom. ibi. vers. Pro cujus perfecta.

las acciones correspondientes para su exaccion, y cobranza, à cuya cesion está obligado. (1) Y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ò por otro titulo se transfiere, pues se entiende vendida, donada, ò transferida la cosa, ò accion en él contenida. (2)

6o El efecto que produce la liberacion del debito es, que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle à que le libre del pacto, y obligacion, è implorar el oficio del Juez, para que declare que nada le debe, y le imponga perpetuo silencio. (3) En quanto à cómo el heredero debe pagar al legatario la parte quotitativa de bienes, ò herencia que el testador le legó, vease à *Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 12. *num.* 21. y por lo tocante à quándo se debe la cantidad respecto de la especie, y si pereciendo ésta, quedará, ò no libre el deudor, veasele en el num. 31. pues por no ser preciso para las particiones, omito molestar al Contador con su explicacion.

QUE

(1) Ley Servum filii, §. Eum qui, y ley Hujusmodi, §. Si ita legatum, ff. de Legat. 1. ley Quichirographum, ff. de Legat. 3. y ley penult. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley 1. Cod. de Donation. ley Labeo, ff. de Pact. y ley Creditricem, ff. de Remission. pignor. Gom. dicho n. 82. vers. Confirmatur.

(3) Dicha Ley Aurelius, §. Centum, y ley 3. §. Nunc de Effectu, ff. de Liberation. legat. & ibi. DD.

§. II.

QUE CONDICIONES PUEDE IMPONER el testador en los legados; quándo estará, ò no obligado el legatario à cumplirlas, y percibirá, ò no el legado: y si pasarán, y se entienden, ò no repetidas en el substituto.

61 DE seis modos puede hacer los legados el testador, à saber: *puramente, à dia cierto, con condicion, baxo de cierto modo, con alguna señal, ò demonstracion, y con causa.* (1) Se entiende hecho *puramente* el legado, quando el testador lega alguna cosa, ò cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirlo, ni entregarlo: (2) y asi al que alega no ser puramente hecho, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia, ò calidad puestos en él. (3)

62 Tres acciones (que son: *personal ex testamento, hipotecaria, y de reivindicacion*, segun sea el legado) competen al legatario, à quien se hace puramente, contra el heredero del testador. (4) De suerte, que si es especifico, se transfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera antes que el he-

re-

(1) Ley 2. tit. 4. Partid. 6. glos. in Rubr. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y glos. in §. Longe, Institut. de Legat.

(2) Ley 1. vers. Aut si nihil, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(3) Glos. in leg. Omnis definitio, ff. de Regul. jur.

(4) Ley 1. Cod. Communia de Legat.

redero de éste éntre en la herencia, ò tome posesion de ella, y no haya tradicion de la cosa legada: y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño. (1) Y si es generico, ò de cantidad, le compete accion personal, è hipotecaria; pero no la de reivindicacion, ni otra real, porque antes de su tradicion no hay translacion de dominio. (2)

63 Se dice legado *in diem*, quando el testador lo hace (ya sea de cosa, ò cantidad) señalando el dia, ò tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado si el dia es cierto, v. g. *Mando à Pedro cien ducados para la proxima Navidad*, nace la accion de pedirlo, y la obligacion de pagarlo antes que llegue, y se transfiere su dominio en el legatario, y en sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca antes que el heredero acepte la herencia: (3) y asi puede pagarlo éste antes que venga el dia, ò tiempo prefinido, porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la translacion de dominio.

64 Y si el dia es incierto, v. g. *Mando à Pedro cien pesos para quando cumpla veinte y cinco años, ò Juan tenga veinte*, ninguna accion, ni obligacion nace hasta que viene el dia, porque puede no verificarse, y se estima por condicion: y asi há lugar en este legado lo que en el condicional, en el qual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el dia incierto hace condicion en los testamentos,

(1) Ley A Titio. ff. de Furt. ley. Si tibi homo, § Cum servus. ff. de Legat. 1. ley Qui in testamento domini, y ley Filius familias, ff. de Testam. ley. 2 Cod. Communia de Legat. y ley 34. titul. 9. Partid. 6.

(2) Dicha ley 1. Cod. Communia de Legat. Gom. cap. 12. cit. num 7. per tot.

(3) Ley 34. tit. 9. Partid. 6. cit.

tos, (1) y antes que el dia llegue, no se transfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. (2) Previniendo, que si al menor se dexa algun legado, ò fideicomiso para quando sea de edad legitima, ò pueda administrar sus bienes, se entiende para quando tenga veinte y cinco años. (3) Lo qual procede, aunque impétre la venia para su administracion. (4)

65 Pero si el legatario muere antes que llegue el dia, pasa à sus herederos el legado, como si fuera puro. (5) De lo qual se sigue, que si el testador hace el legado en estos terminos: *Lego à Maria cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará quando tome estado*, y muere la legataria antes de tomar estado, se transmite à sus herederos: Lo primero, porque el legado hecho baxo de esta condicion, se hace pura, ò simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado, en cuyo caso no contiene condicion, sino dia, y dilacion para pedirlo, y entregarlo. (6) y lo segundo, porque siempre que la condicion no se impone à la sustancia del legado, sino à su execucion, ò entrega, es transmisible; (7) y asi en este caso la voluntad del testa-

(1) Ley 31. tit. 9. Partid. 6. ley Dies incertus 75. y ley Hæres meus 79. ff. de Conditionib & demonstrationib. ley Si post diem, y ley Si dies apposita, ff. Quando dies legat. cedat. y ley unica, §. Cum igitur, Cod. de Caducis tollend.

(2) Ley Sempronius, ff. de Usufruct. legat.

(3) Ley final, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(4) Ley ultim. Cod. de His qui venia ætatis impetraver. Gom. ibi. n. 58.

(5) Ley Si dies, ff. Quando dies legator. cedat. y dicha ley unica, y §. Cum igitur, vers. fin. Gom. ibi. n. 57. vers. Aliquando, & secundo.

(6) Ley Ex his, Cod. Quando dies legati cedit. y ley Quibus diebus, §. Quidam Titio, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(7) Ley Firmio, §. 1. ff. Quando dies legator. cedat. Mantic. de Conjectur. lib. 11. tit. 18. n. 21. Bart. Bald. & DD. in dict. leg. Ex his. Vasquio de Succes. lib. 3. §. 29. n. 2. Jul. Capon. Tom. 5. discept. 385. y 386.

tador no fue privar de él à la legataria por no tomar estado, sino antes bien en qualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho à él: y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en deposito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se transmite à su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

66 Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen antes que ésta, ¿se duda si se transmitirán, ò no à sus herederos? Y parece que sí, porque el dia incierto está puesto à la tradicion de ellos, y no à la disposicion. (1) Pero en este caso se debe distinguir: si el testador habla sin adversativa, v. g. diciendo: *Y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger*, se transmitirán à los herederos de los legatarios que premurieron, por las razones expuestas. Y si se explica con adversativa, v. g. *Pero quiero, ò mando que no se entreguen sino despues de la muerte de mi muger*, no se transmitirán, porque la palabra: *Si no*, tiene la naturaleza de adversativa, y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron antes de verificarse la condicion, no adquirieron derecho à los legados, por lo que tampoco sus herederos. (2)

67 Si el padre teniendo hijos legítimos, mandó à una hija natural, v. g. mil ducados para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y antes de tomar estado muere la

(1) Dicha ley Ex his verbis, Cod. Quando dies legati cedit.

(2) Dicha ley Quibus diebus, y §. Quidam Titio. Bald. in leg. Ambiguitatem, Cod. de Usufruct. legat. Cremen. in suo singulari jur. Castill. en la ley 27. de Toro n. 45.

la hija viviendo su madre, parece que los hijos legitimos llevarán el legado, y no la madre, por no haberse cumplido la causa, modo, ò condicion puesta por su padre; porque segun Derecho, (1) no se debe, aunque se dexe con nombre de dote, por ser lo mismo el legado hecho baxo de condicion, faltando ésta, que el hecho baxo de cierto modo, si éste no se cumple, el qual no se debe, (2) pues cesando la causa del legado, que fue el matrimonio, debe cesar su efecto; (3) y haciendolo el testador para un efecto, no se debe convertir en otro; (4) y asi el hecho por el padre se ha de emplear en el casamiento, y faltando éste por muerte de la hija, no deberá tener derecho à él su madre.

68 No obstante lo expuesto, lo contrario se debe tener: Lo primero, porque el legado fue puro, y no modal, ni condicional, respecto dixo el testador: *Para casarse*, y no *para que con ellos se casase*: y quando el modo puesto por el testador mira solamente al comodo del legatario, no está obligado éste à cumplirlo, ni por este defecto dexará de percibir el legado. (5) Lo segundo, porque el padre puede legar à su hija natural el quinto de sus bienes, aunque tenga hijos, y otros descendientes legitimos, y ésta puede disponer libremente de él segun la ley 9. de Toro. Y lo tercero, porque la hija tenia derecho à los alimentos, y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado; y asi debiendosele en vida, puede retener

(1) Ley Titio centum 71. §. final. vers. Ante nuptias vero, ff. de Conditionib. & demonstrationib. & ibi. DD. & in leg. 1. Cod. de His quæ sub modo legant.

(2) Dicha ley 1. Cod. de His quæ sub modo, y ley Quibus diebus cit.

(3) Ley Dedi, y el tit. ff. de Conditione causa dat.

(4) Dicha ley Quibus diebus 40. §. fin. ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(5) Ley 2. §. fin. ff. de Donation. y ley Titio centum, §. y vers. Ante nuptias cit,

tenerlo, ò su heredero por via de excepcion, la qual concede el Derecho, (1) à quien dá la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, y puede retenerlo, y disponer de él. (2)

69 Con *condicion* se pueden hacer el legado, è institucion, v. g. *Lego à Pedro tal alhaja, ò le instituyo por mi heredero, si hiciere esto, ò si tal cosa sucediere.* (3) Y para la perfecta inteligencia debo sentar, que la condicion es un acto, ò futuro evento, en el qual se confiere la disposicion, à fin de que sea válida, ò inválida; y que las condiciones son de varias clases: unas se llaman *potestativas*, y son aquellas, cuyo cumplimiento depende de la mera voluntad, y facultad de aquel, à quien se imponen, v. g. *Dar, ò hacer alguna cosa, subir, ò ir à cierto Lugar propincuo, y facil, conceder libertad à un siervo, &c.* (4) las quales debe cumplir el heredero, ò legatario despues de la muerte del testador para la percepcion de la herencia, ò legado.

70 Otras se llaman *casuales, ò contingentes*, y son las que no dependen de la voluntad del hombre, si no de la casualidad, ò fortuna, y pueden cumplirse, ò no, v. g. *Si tal navio viniere de las Indias; si Pedro ascendiere à tal Dignidad, si tal cosa aconteciere, &c.* en cuyos casos, y otros semejantes de qualquiera naturaleza, y qualidad, hasta que se cumple la condicion, no tiene derecho el legatario al legado, ni el heredero extraño à la herencia. (5)

Otras

(1) Regla 156. §. 1. ff. de Regul. jur.

(2) Ayor. part. 2. quæst. 7. vers. Sed nunc incidenter.

(3) Ley 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley 1. ff. de Conditionib. institution.

(4) Ley Suus quoque, §. Puto, ley Cornelius, y ley Jam dubitari, ff. de Hæredib. instituend. ley Verba hæc, ff. de Conditionib. institution. y ley 7. tit. 4. Partid. 6.

(5) Ley 2. §. Si sub conditione, ff. de Bonorum posses. secundum tabul. y ley 8. tit. 4. Partid. 6.

71 Otras se llaman *ciertas*, *ò necesarias*, las quales tienen apariencia de casuales, y no lo son, pues segun el curso, y orden de la naturaleza, es preciso que se cumplan, v. g. *Si mañana saliere*, *ò naciere el sol*, *si Pedro se muriere*, *&c.* cuyas condiciones, y otras semejantes es indispensable se verifiquen, pues ha de nacer, ò salir el sol, y morirse Pedro sin la menor duda; y asi no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud, ni efecto, y por consiguiente vale el legado, ò institucion, y el legatario, y heredero pueden pedir, y se les debe entregar la herencia, y legado luego que muere el testador, (1) porque la institucion queda pura, como si no hubiera condicion. (2)

72 Otras son *mixtas de casuales*, *y potestativas*, y se llaman asi, porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre, y de la casualidad, v. g. *Hacer contrato*, *ò negocio con alguno*; *contraer matrimonio con cierta persona*; *ir à tal parte*; *venir de tal tierra*, *&c.* y en estos casos, y otros semejantes es preciso se cumpla la condicion, para que el legatario perciba el legado, y el heredero extraño la herencia, pues al legitimo no obsta la falta de su cumplimiento. (3)

73 Se pueden cumplir estas condiciones, asi en vida del testador, como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario, ò heredero, y el testador solo atiende à que se cumplan, y tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento. Lo que al contrario en las potestativas, porque dependen de la

(1) Dicha ley 8. tit. 4. Partid. 6.
(2) Ley Si pupilus, §. Qui sub conditione, ff. de Novation. Gom. dicho cap. 12. n. 63.
(3) Dicha ley Suus quoque, ley Si pater, Cod. de Institution. & substitution. y ley 9. tit. 4. Partid. 6.

la voluntad del legatario, ò heredero, (1) segun queda sentado.

74 Pero es de advertir, que quando estas condiciones consisten en *hecho*, v. g. ir, ò venir de tal parte; conseguir tal dignidad, &c. no basta que se cumplan, ignorandolo aquel à quien se imponen. Lo qual es al contrario quando son de derecho, pues ya lo sepa, ò lo ignore, no le impide el percibo de la herencia, ni legado, con tal que se cumplan, segun se prueba de la ley 21. ff. *de Condition. & demonstration.* que dice: *Multum interest conditio facti, an juris esset. Nam hujusmodi conditiones*: Si navis ex Asia venerit: Si Titius Consul factus erit; *quamvis impletæ essent, impedient hæredem circa adeundam hæreditatem, quandiu ignoraret eas impletas esse. Quæ vero ex jure venient, in his nihil amplius exigendum quam ut impletæ sint, veluti si quis se filium familias existimat, cum sit pater familias; poterit adquirere hæreditatem, quare, & ex parte hæres scriptus, qui ignorat an tabulæ testamenti apertæ sint, adire hæreditatem poterit.*

75 Otras son de *presente*, otras de *preterito*, y otras de *futuro*. De presente, v. g. *Si esto es asi, lego tal cosa à Juan.* De preterito, v. g. *Si Juan hizo tal cosa, ò si esto sucedió.* De futuro, v. g. *Si la hiciere, ò si sucediere.* De las quales las dos primeras siendo verdaderas, ò verificandose serlo, obligan al instante, y no suspenden el acto, ni la disposicion, y asi el legatario, ò el heredero extraño llevarán el legado, y la herencia. Pero si se verifica no ser verdaderas, se anula el acto, y queda ineficáz la disposicion, por lo que nada percibirán, ni sus he-

(1) Ley 2. y ley Hæc conditio, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Socin. in dict. leg. 2. Gom. dicho cap. 12. n. 61.

herederos, por carecer de accion para ello, y para pedirlo. Y las de futuro ningun efecto inducen de presente, y sí solo la esperanza de que lo surtirán con el tiempo. (1)

76 Otras son *expresas*, y otras *tacitas*. Se llaman expresas las que el mismo testador por su propia boca pone en la institucion, ò legado: y tacitas las que en algun acto, ò disposicion se entienden puestas por Derecho, aunque el testador no las ponga. Lo qual puede suceder de cinco maneras: La primera, quando hace legado de cosa que no existe *in rerum natura*, pero puede tener sér, v. g. *el parto de la sierva*, *el fruto de la viña*, &c. pues se entiende en el caso que nazcan, aunque no se exprese. (2)

77 La segunda, quando el hijo es gravado à restituir la herencia, v. g. *si el padre que tiene dos hijos, los instituye por sus herederos, y manda que el superstite herede al que primero fallezca*; en cuyo caso, si el que antes muere, dexa hijos, ù otros descendientes legitimos, le heredarán, y no su hermano, porque tacitamente se entiende que la voluntad de su padre fue que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de éste llegaba à heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase succesion: y asi esta condicion debe cumplirse. (3)

Pe-

(1) Ley Cum ad præsens 37. Respiciendum 38. y Itaque 39. ff. Si cert. petat. ley Conditio in præteritum, ff. de Verbor. obligation. ley Institutio talis, ff. de Conditionib. institution. al fin. ley Has causas, ff. de Conditionib. & demonstration. y ley 21. tit. 9. Partid. 6.

(2) Ley 1. al fin, ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley Interdum, ley Inter stipulantem, §. Sacram. ff. de Verbor. obligat. ley Cum certus, ff. de Tritico, vino, & oleo legat. y ley Si debitor, §. 1. ff. de Contrahend. emption.

(3) Ley 10. tit. 4. Partid. 6. ley Cum avus, ff. de Condition. & demonstrationib. y ley Generaliter, vers. Cum autem, Cod. de Institution. & substitution.

78 Pero si establece à dos extraños por herederos con esta condicion, no heredarán los hijos del muerto, sino el otro instituido, à menos que el testador mande lo contrario, como lo dispone la ley 10. tit. 4. Partid. 6. al fin, ibi: *Mas si el que face el testamento, estableciese à dos omes extraños por sus herederos, só tal condicion, que el que muriese primero que el otro, que heredase sus bienes, maguer que este que muriese primero dexase fijos, non heredarian ellos estos bienes à tales, mas el otro à quien estableció el testador por su heredero*: y la razon es, porque en los extraños cesan las razones de consanguinidad, y piedad que militan en los hijos, y su posteridad. Sobre todo lo qual vease al Señor *Gregor. Lop.* en las trece glosas de la ley inserta, pues toca cosas particulares, cuya pericia mas incumbe al Legista, que al Contador lego.

79 La tercera, quando la condicion se impuso al instituido; pues se entiende repetida en el substituto: (1) acerca de lo qual vease lo que explicaré en los nums. 96. al 99. La quarta, quando se dexa legado, ò fideicomiso à alguno con cargo de restituirlos; pues deberán hacer su restitucion, si los aceptan, porque sin este requisito no tienen obligacion de hacerla; y asi aunque esta condicion no se exprese, se entiende tacitamente. (2)

80 Y la quinta, quando à alguno se dexa legado annuo, pues se entiende, *en caso que viva*; porque no viviendo, no puede percibirlo: por lo que en el primer año es puro el legado, y basta vivir al principio de él para percibir el importe de todo el año, y en los demás es condicional, porque si muere en fin del primero, ya no tiene derecho à él, ni pasa à sus herederos; y asi la condicion

(1) Ley Licet, ff. de Legat. 1. (2) Ley 3. ff. eod. tit.

cion *si viviere*, se entiende tacitamente, aunque no se exprese. (1)

81 Otras consisten en *dar*, y otras en *hacer*. En dar, v. g. *Lego à Juan tal cosa, si diere à Pedro tanta cantidad.* En hacer, v. g. *Lego à Francisco tal cosa, si hiciere esto, ò lo otro, &c.* (2) y asi siendo posible lo que manda dar, ò hacer, no llevarán el legado, ò herencia el legatario, ni heredero hasta que lo cumplan, por estar en su potestad, y voluntad el cumplirla.

82 Pero si la condicion es *prohibitiva*, v. g. quando le manda que no dé, ò no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *Muciana* con fianzas de que no lo hará, para que se le entregue el legado, y de lo contrario no lo percibirá: y si despues de percibido procede contra lo caucionado, debe restituir con frutos el legado. (3) Previniendo, que si le manda que jure darlo, ò hacerlo, se entiende por no puesta la condicion en quanto al juramento de futuro; pero con todo eso no debe llevar lo que le legó hasta que cumpla su precepto; y si el juramento es sobre cosa pasada, ò presente, debe hacerlo, y de no, nada percibirá del legado. (4)

83 Otras condiciones son *posibles*, y otras *imposibles*. Posibles son las que de hecho, ò por naturaleza, ò derecho pueden cumplirse. Imposibles, las que por ninguno de estos medios se pueden hacer, ni cumplir, ò por ser contra buenas costumbres. De hecho, v. g. *Lego à Pedro tal cosa, ò le instituyo por mi heredero, si tocare al*

(1) Ley 4. ff. de Annuis legat. y ley Cum in annos, ff. Quando dies legator. cedat.

(2) Ley Hujusmodi, ff. de Legat. 1. ley 2. ff. de Verbor. obligation.

(3) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. Partid. 6. y ley Mutianæ, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(4) Ley 6. tit. 4. Partit. 6.

al Cielo con el dedo, ò si diere à Juan un monte de oro. Por naturaleza: *Si el hijo fuere mayor en el nacimiento que su padre: Si el calor enfriare, ò el frio calentare.* Por derecho: *Si el hijo no alimentare à sus padres pobres, pudiendo: Si Juan se casare con muger que le está prohibido.* Cuyas condiciones, y otras semejantes, como ridiculas, violentas, repugnantes, desarregladas, è imposibles, se quitan del medio, y estiman por no puestas, ni escritas: y asi por no cumplirse no se invalída la institucion, ni legado. (1)

84 Pero si la imposibilidad proviene de la duda, ò perplexidad con que está hecha la institucion, ò legado, v. g. *Instituyo à Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero; y si éste lo fuere, instituyo al mismo Pedro.* Se viciará esta institucion, y nada llevarán los instituidos, porque es imposible que cada uno sea heredero antes que el otro. (2)

85 En los contratos es diverso, pues de qualquiera forma, y naturaleza que sean, ya de buena fé, ò *stricti juris*, los vicia, y anula la condicion imposible afirmativa, (3) mas no la negativa necesaria, v. g. *Me obligo à darte tanta cantidad, si no tocares con el dedo en el Cielo*; pues es constante que ninguno puede tocar, ni llegar al Cielo: y asi el que se obliga, debe cumplir lo que promete. (4) Sobre lo qual vease à *Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 37. vers. Alia est conditio necessaria non suspensiva*, has-

(1) Ley 3. tit. 4. Partid. 6. ley 1. y leyes Conditiones 9. y 14. ff. de Conditionib. institution. ley Obtinuit, ff. de Conditionib. & demonstrationib. y §. Impossibilis, Institut. de Hæredib. instituend.

(2) Ley 5. tit. 4. Partid. 6.

(3) Ley Impossibilis, ff. de Verbor. obligation. ley Non solum, ff. de Obligation. & action. ley Certi conditio, §. Quoniam, y §. Item quæri potest, ff. de Reb. credit. si certum petat. y §. Si impossibilis, Institut. de Inutili stipulation.

(4) Ley 17. tit. 11. Partid. 5. y ley In illa 8. ff. de Verbor. obligation.

hasta el fin. Tambien vicia la liberacion, (1) y asimismo la sentencia, la qual se equipara mas al contrato, que à la ultima voluntad, porque en los juicios quasi contraen los contendores entre sí. (2)

86 Baxo de cierto modo se pueden hacer tambien los legados, por lo que se llaman *Modales*, v. g. quando el testador lega à uno alguna cosa, ò cantidad, porque dé, ò haga algo; cuyo *porque*, que parece causal, equivale à *para*, y en latin al *ut*, ò *cum*: y asi la virtud, y efecto de este legado es, que el legatario no pueda pedirlo, ni se le deba entregar antes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion, ò fianza, y seguridad de cumplirlo: (3) excepto que el testador quiera expresa, ò tacitamente, que antes que se le entregue, lo cumpla, pues entonces no basta la fianza. (4) Lo qual procede, aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *Lego à Pedro cien ducados con la condicion de que dé, ò haga esto*, pues será modo, y no condicion; porque mas se atiende à su mente, y voluntad, que à las palabras con que la explica. (5)

87 Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero antes

(1) Glos. in leg. Cum donationis, Cod. de Transaction. & ibi. DD.

(2) Ley 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio. Imol. in leg. 1. ff. de Verbor. obligationib. Alex. in leg. A Divo Pio, §. In venditione n. 20. ff. de Re judicat. Aretin. in leg. Impossibilis, col. 2. ff. de Verbor. obligation. Gom. dicho cap. 12. n. 67. vers. Item etiam talis.

(3) Ley Quibus diebus, §. Thermus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. & ibi. glos. & DD. ley 1. & per tot. Codic. de His quæ sub modo, ley 21. tit. 9. Partid. 6. y §. Longe, Institut. de Legat.

(4) Ley Thais ancilla, §. Sthicus, ff. de Fideicommissar. libertat. Bart. in leg. Quibus diebus, cit. §. fin. col. 2.

(5) Ley Mœvia, ff. de Manumis. testament. y ley 2. al fin. ff. de Donation.

tes de cumplirlo, aunque dé fianza, se le transfiere solamente el revocable, de suerte que si no lo cumple, debe restituirla con frutos: (1) y el legado hecho baxo de modo, se transmite à los herederos del legatario: por lo que asi como éste puede conseguirlo, cumpliendolo, asi tambien aquellos; (2) è igualmente se les transmite la facultad de dar la caucion de cumplirlo. Previniendo, que quando el testador se explica con palabras, que pueden aludir al *modo*, ò à la *condicion*, se interpretan en caso de duda, que mas se tenga por aquel, que por ésta. (3)

88. Se hacen tambien los legados con *demonstracion*, lo qual sucede quando el testador pone à la cosa legada alguna señal, lugar, ò cantidad, por la qual es conocida; en cuyo caso si la demonstracion es verdadera, vale el legado; y si es falsa, tambien vale regularmente, y no la vicia, ni la disposicion en que se hizo, v. g. *Lego à Pedro tal cosa, que compré à Juan, ò me donaron*; pues aunque no fuese comprada, ni donada, si no adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *Lego à Pedro tal alhaja, porque me hizo tal servicio*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado, y se debe al legatario. (4) Y la razon es, porque la demonstracion, ò extrinseca solemnidad puesta en él, es ne-

(1) Ley Liberto, §. Lucius, ff. de Annuis legat. ley Quibus diebus, § fin. cit. ley A Titio, ff. de Furt. y dicha ley 21. tit. 9. Partid. 6. & ibi. glos. 10.

(2) Ley A testatore, ff. de Conditionib. & demonstrationib. & ibi. glos. Bart. & DD. ley Si post diem, §. Iisdem, ff. Quando dies legator. cedat, & ibi. glos. & DD. y ley Unica, §. Ne autem, Cod. de Caduc. tollend.

(3) Dicha ley A testatore, & ibi. Imol.

(4) Ley Demonstratio falsa al princip. y §. Quod autem, ley Falsa demonstratio 33. ley Quibus diebus 40. §. Qui dotalem, y ley Cum tale, §§. Falsam 7. y 8. ff. de Conditionib. & demonstration. y §. Huic proxima Institut. de Legat.

necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo qual milita, no solo quando el legado es especifico, sino de cantidad, si se le lega ésta como cuerpo, ò especie, y existe, pues vale; pero si no existe, es nulo, v. g. si el testador dice: *Lego à Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca, ò gaveta*, y no se encuentra, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo, ò especie legada. (1)

89 Pueden asimismo ser *causales*, ò hacerse con causa los legados, v. g. si el testador dice: *Lego à Pedro tanta cantidad, ò tal alhaja, por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio, pues no se requiere expresion de la causa, quando se hace por mera liberalidad; y asi sin embargo de que sea falsa, no lo vicia, ni anula. (2)

90 Lo qual se entiende, ya sepa, ò ignore el testador que la causa es verdadera, ò falsa; excepto que su heredero pruebe, que à saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario, pues entonces esta excepcion lo vicia. (3) Y se puede probar verdadera, ò presuntivamente: verdaderamente, si el testador lo dixese, ò protextase delante testigos; y presuntivamente, quando la causa mira à la consanguinidad, ò afinidad, v. g. *Lego à Pedro tanta cantidad, porque es mi consanguineo*, en cuyo caso no siendolo, no vale el legado. (4)

91 Y ultimamente pueden ser hechos los legados, è instituciones con modo alternativo, v. g. si dice el testador:

(1) Gom. dicho cap. 12. num. 74. y 75.

(2) Ley Demonstratio falsa 17. §. Quod autem cit. y ley 20. tit. 9. Partid. 6.

(3) Ley Cum tale, §. Falsam 7. cit.

(4) Ley Si pater, y ley Nec apud, Codic. de Hæredib. instituend. Gom. ibi. n. 76.

dor: *Pedro, ò Juan sea mi heredero*: *A Pedro, ò Juan doy, ò lego tal cosa, ò quiero darla*: *O quiero, ò mando que sea libre, ò tutor de mis hijos.* En cuyos casos se duda ¿cómo han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion está en la ley 4. que es la penultima, *Codic. de Verbor. & rerum significat.* la qual dispone que todos sean admitidos igual, y copulativamente, porque la alternativa puesta entre personas honoradas se resuelve en copulativa: y la *ò*, que en latin es *aut*, se toma, y entiende por *y*, que en latin es *&*. Lo que es al contrario quando se dexa alguna cosa à una persona sola, v. g. diciendo: *A Pedro lego tal, ò tal cosa*, pues entonces se estima la *ò* por disyuntiva, y no por conyuntiva, y asi no percibirá mas que una de ellas. Pero es de advertir, que lo referido se entiende de este modo: que si el legado, ò comodidad que se dexa, es dividuo, se admite à qualquiera de los legatarios por su parte, y asi entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre, jurisdicion, mayorazgo, ù otra dignidad, se admite à cada uno *in solidum.* (1)

92 Poniendo el testador al legatario, ò heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia à diversos fines, deben cumplirlas todas, para adquirir derecho, y poder pedir, y percibir el legado, ò herencia, v. g. *Mando à Pedro tal cosa, ò le instituyo por mi heredero, si diere tanto à pobres, fuere en romería à tal Santuario, è hiciere tal Iglesia.* Y si las pone apartadas, v. g. *Mando à Pedro tal cosa, si diere tanto à pobres, ò fuere à tal romería*, basta que cumplan qualquiera de

(1) Glos. en la ley penult. Cod. de Verbor. significat. Petr. Cin. Butr. Paul. y otros en dicha ley penult. Gomez en la 40. de Toro n. 68. cerca del fin.

de ellas, para poder haber, y llevar el legado, ò herencia, porque están puestas con modo disyuntivo. (1)

93 Lo propio milíta, quando aunque estén puestas con modo copulativo, miran à un solo fin, v. g. *Si Pedro muriere sin hijos, y fuere Presbytero, sea mi heredero Juan, ò substituyo à Juan*; pues como la mente del testador es proveer de substituto por la carencia de los hijos, que se induce asi del Presbyterato, como de la muerte, sin dexarlos, basta que sea Presbytero, para que se verifique la carencia, y que el substituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la substitucion. (2)

94 Si pone una condicion à muchos, basta que qualquiera de ellos la cumpla, ò en él se verifique, para ser válida la institucion, ò legado. (3) Y si instituye muchos herederos, ò legatarios, à unos con condicion, y à otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia, ò legado que les toque, como instituidos pura, ò simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condicion. Lo qual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya, pues en este caso es suficiente que pongan de su parte todos los medios correspondientes à su consecucion, porque se tiene por cumplida la condicion. (4)

95 El legatario debe cumplir en forma especifica (regularmente hablando) la condicion posible que el testador le impuso, segun quiso, pues no basta que la cumpla

(1) Ley 13. tit. 9. Partid. 6.

(2) Alex. consil. 100. vol. 4. incipiens: Visa parte testamenti. St. Greg Lop. en dicha ley 13. glos. 1.

(3) Dicha ley 13. tit. 9. Partid. 6.

(4) Leyes 12. y 14. tit. 4. Partid. 6. & ibi. glos.

pla de otra suerte, ni en modo equivalente; (1) y la razon es, porque la condicion voluntaria, y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coherente à la persona, y no pasa à otro: lo qual es al contrario en la necesaria para la validacion del acto. (2)

96 En quanto à si la condicion puesta al legatario se entiende, ò no repetida en el substituto, debo sentar, que toda repeticion tacita procede, ò de la copula, ò conjuncion, por ser muchos legados copulados, ò unidos, y enlazados por las dicciones *y*, *tambien*, y otras semejantes conyuntivas, ò connexivas; ò por regirse por un mismo verbo, y determinarse por el acto del que determina, y rige toda la oracion: ò por identidad de razon, quando la hay de repetir los antecedentes en los siguientes. Y por decirlo mas claro, las causas inductivas de la tacita repeticion son tres: *copula*, *identidad de oracion*, *y identidad de razon*: y las exclusivas de ella otras tres, à saber: *adversativa*, v. g. *pero*, *excepto*, *por el contrario*, y otras semejantes: *diversidad*, *y separacion de oracion*, *y tiempos*, *y diversidad de razon*. (3)

97 Debo sentar igualmente, que el legado, fideicomiso, y otra qualquiera disposicion se estima pura en caso de duda, si en ella no se pone el dia, ò la condicion, y no se conceptúa puesta, y mucho menos quando las pala-

(1) Ley Qui hæredi, y ley Mœvius, ff. de Condition. & demonstration. & ibi. glos. Bart. & DD.

(2) Ley Si mater, Cod. de Institution. & substitution. & ibi. DD. ley Gallus, §. Et quid si tantum, ff. Deliber. & posthum. & ibi. Bart. Paul. & DD. Gom. dicho cap. 12. n. 77.

(3) Bald. consil. 153. lib. 5. Menoch. lib. 4. præsumpt. 180. n. 4. Prætis de Interpretat. ultimar. volunt. lib. 2. interpretat. 4. dubit. 2. solut. 2. n. 164. y lib. 4. dubit. 10. n. 106. y 107. Sr. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 4. n. 93. al 98.

labras repugnan; (1) pues los precedentes no se entienden repetidos en los siguientes siempre que se trata de repetir la qualidad contra la disposicion del Derecho comun. (2)

98 Supuesto lo referido, digo, que siendo *causal* la condicion puesta al legatario, no pasa al substituto, ni se entiende repetida en su persona, ya se verifique, por fallecer el primer legatario estando pendiente la condicion, ò por faltar ésta. Pero si es *potestativa*, *ò mixta*, es visto estar repetida en el substituto, ò conjunto, ò en aquel à quien pasa el legado, porque mira, y tiene su tendencia à la carga, ò gravamen que puede, y debe cumplir. (3)

99 Lo qual procede, excepto que sea coherente à la persona, y nadie mas pueda cumplirla, v. g. *Casarse*, *ascender al capitolio*, *aprender cierta ciencia*, y otras semejantes, pues entonces no pasa al substituto, ni se entiende repetida en él. (4) Sobre lo qual vease à *Menoch.* en la *præsumpt.* 174. que explica quándo se presume transferido el legado con las mismas condiciones. *En la* 175. quándo se presume pura, condicional, modal, à cierto dia, ò penal la disposicion. *En la* 176. quándo la condicion, y qualidad puesta en el primer testamento, se presume repetida en el segundo. *En la* 177. quándo la condicion puesta en el testamento se entiende repetida en el codicilo. *En la* 179. quándo la condicion puesta à la institu-

(1) Ley 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley Libertis 4. al fin, ff. de Adimend. legat. y ley Si Titius mihi, §. ultim. ff. de Legat. 1. Sr. Castill. ibi. n. 35. y 36. Menoch. præsumpt. 175. num. 2. al 4.

(2) Imol. in Clementin. 1. col. fin. de Supplend. negligent. Prælator. Sr. Molin. de Hispaniar. primogen. lib. 3. cap. 5. n. 57. Sr. Castill. ibi. n. 37. y 38.

(3) Ley Unica, §. Pro secundo, Cod. de Caducis tollend.

(4) Dicha ley unica, §. Ne autem. Gom. ibi. n. 37. y 80.

titucion, se presume repetida en el prelegado, ò al contrario, y distingue tres casos. *En la* 180. quándo la puesta à un legado se entiende repetida en otro, y distingue veinte y tres casos. *Y en la* 181. quándo la condicion, y qualidad puestas en la clausula separada de las precedentes, y siguientes, se referirá à todo, ò solamente à una cosa de las siguientes, y precedentes; pues por ser materia difusa, y no precisa para el Contador, omito molestarle con su explicacion.

§. III.

SI EL TESTADOR PODRA, O NO revocar los legados que hizo: quándo se entienden, ò no revocados, aunque no los revoque; y de dónde se deben deducir, ya dexe herederos legitimos, ò extraños.

100 COmo la voluntad del testador es deambulatoria hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados que expresa, ò tacitamente hizo. Será *expresamente*, quando en la misma disposicion, ò en otra posterior dice que los revoca; ò revoca la disposicion en el todo, ò solo en quanto à ellos; ò la cancela por sí propio, ò manda à otro que la cancele; mas no, si este lo hace sin su orden. (1) *Y tacitamente*, quando se infiere, y presume de su mente: pues al modo que los puede dexar por señales, y se entienden hechos, (2) los puede

(1) Ley 1. & per tot. ff. de Adimend. legat. ley 39. tit. 9. Part. 6. y §. unico. Institut. de Adempt. legat.

(2) Ley Nutu, ff. de Legat. 3. ley Et in epistola 22. Cod. de Fideicommis.

de revocar tambien por ellas, y se entenderán revocados. (1) Lo qual procede, aunque haya hecho tradicion de ellos, pues los puede revocar en la forma, y con la distincion que expresa *Gomez* en la ley 17. *de Toro* numero final.

101 Se entienden revocados aunque no los revoque, quando despues de hechos se originó enemistad capital, y no leve entre el testador, y el legatario; pero si luego se reconciliaren, se renuevan, y convalecen por la nueva, y tacita voluntad del legante. (2)

102 Lo mismo procede quando la cosa legada se pierde, ò muere despues sin culpa del heredero, ni negligencia en su custodia: y dudandose si por su culpa se perdió, ò con su ciencia se escondió, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Y se entiende haber tenido culpa quando no la guardó, ni hizo guardar como à sus mismas cosas, ò de intento tardó en entregarla, ò en esto tuvo negligencia, pues entonces perece por su culpa. (3)

103 Igualmente se entiende revocado quando por contrato lucrativo (v. g. donacion) enagenó *pleno jure* el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fue por contrato oneroso, (v. g. venta) y lo hizo por su mera, y libre voluntad, se entiende revocado: mas no, si ha sido por necesidad, (que en duda se presume) à menos que el heredero pruebe no haberla tenido. (4) Lo qual se am-

(1) Gom. dicho cap. 12. n. 56. Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 37. ex n. 11. al 38. y cap. 59. n. 8. y 9. Cancer. part. 3. Var. cap. 20. n. 353. y sig. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 3. n. 19.

(2) Ley 2. y ley 3. §. final, ff. de Adimend. legat. & ibi. glos. & DD.

(3) Ley 41. tit. 9. Partid. 6. ley Cum res, §. Culpa, ff. de Legat. 1.

(4) Ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. ley Fideicommissa, §. Si rem, ff. de Legat. 3. y leyes 17. y 40. tit. 9. Partit. 6.

amplía, aunque despues de enagenada la redima, ò compre al que se la compró. (1)

104 En los propios terminos se entiende revocado el legado quando lega lana, madera, ò cosa semejante, y despues hace paño de la lana, y casa, nave, ù otra cosa de la madera, porque dexan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas. (2)

105 En el legado de lana hecho simplemente viene, y se comprehende la que está trasquilada, y separada del cuerpo del animal, ya esté sucia, ò lavada, carmenada, ò sin carmenar, ò peinar, y hilada, ò sin hilar: y tambien si está junta, ò pegada à la piel sin haberse trasquilado, ni separado de ella, mas no la que está pegada al cuerpo del animal, ni la hecha tela, ò teñida. Pero en el lino es al contrario, pues ya esté hilado, teñido, ò hecho tela, ò no, se comprehende en el legado, porque la lana teñida, y hecha tela se constituye de mucho mayor precio en su forma, y quantidad, que el lino. (3)

106 Legando el testador un carro, ò carreta, que tiene su mula, ò bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con ésta, aunque de ella ninguna mencion haga quando se la lega. Pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entonces subsiste, y queda firme por la subrrogacion de ésta en el de aquella: (4) y asi se le debe entregar todo.

107 No se revoca el legado, quando despues de hecho empeña, ò hipoteca el testador la cosa legada, antes bien

(1) Ley Cum servus, ff. de Admend. legat. & ibi. Bart. & DD.

(2) Ley 42. tit. 9. Partid. 6. y leyes Si cui lana, y Lana legata, ff. de Legat. 3.

(3) Dicha ley Si cui lana, & ibi. glos. & DD. Gom. dicho cap. 12. n. 55.

(4) Dicha ley 42. verb. Otrosi decimos.

bien su heredero está obligado à desempeñarla, y entregarla libremente al legatario, (1) como he sentado en el num. 12. pues aunque la prenda, ò hipoteca es especie de enagenacion, (2) pero no lo es propia, plena, y perfecta, porque no pasa su dominio al que dá el dinero, antes bien queda en su dueño: lo que es al contrario en la verdadera venta, y enagenacion; por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla, ò pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella. (3)

108 Tampoco se revoca quando legó la cosa, y su valor; pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. (4) Ni quando sin embargo de haberla enagenado, no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio por falta de tradicion. (5) Ni quando el nombre de la cosa legada, y enagenada se impuso à otra, y el testador se refiere al tiempo de su muerte, v. g. *Lego mi siervo Juan, que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entonces tenia se llamaba asi, y lo enagena, y despues compra otro, y le pone el mismo nombre, vale el legado. (6) Ni quando no obstante que lo enagene, lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte; lo que al contrario, si habla de presente.

(1) Ley 3. Cod. de Legat. & ibi. glos. & DD. y §. Si rem suam Institut. de Legat.

(2) Ley final, Cod. de Rebus alienis non alienand.

(3) Arg. leg. Qui habebat, ff. de Legat. 3. y arg. leg. Legata al fin, ff. de Supellectil. legat. Bart. in leg. Rem legatam al fin. ff. de Adimend. legat. Paul. de Castro, Jason, y otros en la 3. Cod. de Legat. Gom. ibi. n. 56. vers. Secundo intellige.

(4) Ley Lucius 22. ff. de Legat. 2. & ibi DD.

(5) Arg. leg. Prædia, §. Liberto, ff. de Instruct. vel instrum. legat. Bald. in leg 3. Codic. de Legat.

(6) Ley Filiæ, §. Attia, ff. de Conditionib. & demonstrationib.

te. (1) Ni tampoco quando es legado de libertad; pues si el testador la lega à su siervo, y lo enagena voluntariamente, y luego lo redime, se restaura su libertad. (2)

109 En quanto à la deduccion de los legados graciosos, ò voluntarios, para la perfecta instruccion del Contador, es preciso distinguir: ò el legante testa entre herederos extraños, ò legitimos: si testa entre extraños (que por tales se reputan para el caso todos, aunque sean sus hermanos, excepto los ascendientes, y descendientes legitimos, como he sentado en el cap. 1. de mi primera parte num. 119. y diré en el 8. de este libro num. 2.) se deben deducir del cuerpo de caudal que dexe, despues de las deudas, gastos funerarios, y Misas, no mandando otra cosa, segun por Derecho comun está dispuesto, (3) por no haber Ley Real, que en esta parte, y caso lo corrija, como dexo expuesto en el cap. 1. de este libro num. 32.

110 Y si testa entre herederos legitimos, se subdistingue: ò son descendientes, ò ascendientes; si son hijos, ò descendientes, se han de sacar del quinto liquido de su hacienda, (que es lo unico de que por la ley 28. de Toro se le permite disponer en vida, y muerte) como lo ordena la 30. tambien de Toro, que es la final del tit. 6. lib. 5. Recop. y dice: *La cera, y Misas, y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.* Y si son ascendientes, se deben deducir del tercio, que es de lo que por

(1) Ley Scribit Quintus, ff. de Aur. & argent. legat. y §. Attia cit. & ibi. DD.

(2) Ley Verum, ff. de Manumis. testament. & ibi. DD.

(3) Ley 1. §. fin. ff. ad leg. Falcid. ley Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inofficios. testament. y ley final, §. In computation. Cod. de Jure deliberand. Gom. en la 30. de Toro Matienz. en la final tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 1.

por la ley 6. de Toro se le permite testar por su alma, ò à favor de quien quisiere, segun dexo sentado en el cap. 4. de este libro n. 18. pues el residuo de su hacienda liquida es legitima respectiva de los ascendientes, y descendientes legitimos, que no puede ser gravada. Pero si dexa legado vitalicio, v. g. à un hijo Religioso, que renunció sus legitimas à su favor, ò à otro; en este caso, aunque algunos Contadores sacan de la herencia el importe de diez, quince, ò veinte annatas con consideracion à lo que segun su edad, y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; pero lo mejor es baxar de la herencia el capital correspondiente al legado annuo, regulado à un tres por ciento, è imponerlo, dandole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de ésta partirlo los herederos, ò consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado. Lo qual se entiende no habiendo otro convenio de los interesados, ya toque, ò no al legatario mas cantidad por su legitima, que el capital de la consignacion, pues si lo hubiere, se ha de estar à él, respecto à que ninguna ley habla de este caso, y su convenio siendo justo, se debe observar.

111 Teniendo el testador ascendientes, ò descendientes legitimos, si dexa à extraños tantas mandas, ò legados pios, ò graciosos, que no caben en el quinto, ò tercio, se ha de mirar à quánto ascienden éstos, y quánto mas importan los legados juntos, v. g. si es mitad, tercia, quarta, quinta, ò sexta parte, ò la que sea, y de cada uno deducirse proporcionalmente el exceso, separando primero el importe del funeral, y Misas, pues esto no entra en el prorrateo, de modo, que todos juntos se reduzcan à la cantidad de que pudo disponer, llevando

do cada legatario pio, ò gracioso à proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó sesenta, debe tocar mas que al que quarenta; y al que treinta, mas que al que veinte, y por consiguiente baxarseles menos. (1)

112 Si dexa à uno el quinto, y además à otros tantos legados que no caben en él, se han de prorratear entre todos los legatarios, y el del quinto, despues de baxadas las deudas contra el caudal, y los gastos funerarios, y Misas, haciendo una cuenta de compañia, mirando quánta es la cantidad excesivamente legada à cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Y lo propio milita quando tiene hijos, y asi à estos como à extraños hace tantas mandas, que no caben en el tercio, y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que nada del tercio toque à los extraños, porque es legitima de los hijos, entre los quales se debe repartir proporcionalmente, segun la disposicion del testador: por cuya razon solo en el quinto tendrá cabimiento para con todos el prorrateo. Previniendo, que los legados pios sufrirán la deduccion, del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba. (2)

113 Pero se dificulta, ¿si de los legados genéricos se ha de hacer solamente la deduccion, ò se ha de ampliar tambien à los especificos? Y algunos dicen, que estos entrarán tambien en el prorrateo, no apareciendo lo contrario

(1) Ley In quantitate, §. fin. ff. ad leg. Falcid. ley Si quis testamento 82. §. Apud Julianum, ff. de Leg. 1. y §. fin. Institut. de lege Falcid. & ibi. glos. Cifuent. en la 30. de Toro n. 2. Sr. Greg. Lop. en la ley 1. glos. 1. tit. 11. Partid. 6. Angul. de Melioration en la 13. tit. 6. glos. 2. Escob. de Ratiocin. computat. 10. n. 5.

(2) Ley Si post missionem 17. & ibi. DD. ff. ad leg. Falcid. Bart. in Authent. Similiter, ff. eod. tit. Parlador. lib. 1. Rer. quotidian. cap. 18. Sr. Greg. Lop. y Angul. ubi supr. proxime. Escobar dicha computat. 10. n. 8.

rio de la voluntad del legante. Yo, à la verdad, soy de contrario dictamen, porque los legatarios de ellos adquieren su dominio, y los hacen suyos inmediatamente que el testador muere; lo que no sucede con los genericos, como dexo sentado: y asi solo mandandolo el testador, ò nada quedando que percibir à los legatarios, como en el caso propuesto en el num. 28. me parece deberá hacerse de ellos la deduccion respectiva, y proporcional: acerca de lo qual sujeto mi juicio al de los doctos, y sobre ello vease à *Escobar de Ratiocin. comput.* 10. *n.* 9. *y sig.*

§. IV.

SI HABRA, O NO LUGAR EL DERECHO de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares.

114 HA lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados, y fideicomisos particulares, ya sea haciendose el legado de una cosa integra à dos, ò mas personas juntamente en una clausula, v. g. *Mando à Pedro, y Juan una viña que tengo en tal parte*, (que estos se llaman conjuntos *re*, *& verbis*, porque hay conjuncion real, y verbal) ò en clausulas separadas, v. g. diciendo el testador en una: *Mando à Pedro tal viña*, y en otra clausula: *Mando à Juan la misma viña*, (à los quales llaman conjuntos en la cosa, y disyuntos, ò separados en las palabras, porque están comprehendidos en diversas clausulas) por lo que si uno de ellos muere antes que el testador, ò viviendo éste, renuncia la parte que en el legado le corresponde, ò acaece otro motivo obstativo de su percepcion, se acrecerá su propiedad, y ple-

no

no dominio al otro, ò mas conjuntos, y se les debe entregar; (1) y la razon es, porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad, y afecto del testador al legatario superstite, y se conceptúa, que si fuera solo, le dexaría el legado integro; y asi es visto haberlo substituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso, ò no pudo percibir. (2)

115 Pero si uno de los conjuntos es admitido al legado por derecho especial, no le compete el de acrecer, como lo dice la ley 74. ff. *de Conditionib. & demonstrationib.* ibi: *Mulieri, & Titio ususfructus* si non nupserit mulier, *relictus est: si mulier nupserit quandiù Titius & vivit, & in eodem statu erit, partem ususfructus habebit tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet si conditioni paruisset: nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.* (3)

116 Há lugar tambien el derecho de acrecer entre dos deudores mancomunados en quanto à la liberacion de su debito, como lo dice la ley 29. ff. *de Liberation. legat.* ibi: *Si is, qui duos reos promitendi habet, damnaverit hæredem, ut utrosque liberet: si alter ex his capere non possit, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei, cui hoc commodum lege competit: cujus petitione utrumque accidit, ut & hoc commodum ad eum perveniat, & is, qui ca-*

(1) Ley 33. tit. 9. Part. 6. ley Re conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Mœvio, ff. de Legat. 2. ley Si duobus, §. fin. y ley Plane, §. Si conjunctim, ff. de Legat. 1. ley Hæc scriptura, §. 2. y ley Si separatim, ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley 1. & per tot. ff. de Usufruct. accrescend. y ley unica, §. Ubi autem legatarii, y sig. Cod. de Caduc. tollend.

(2) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 38. Cras. in §. Jus accrescendi, quæst. 10. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 48. n. 3. y sig.

(3) Bart. & DD. in leg. 74. insert.

capit, liberetur. Quod si socii sint, propter eum, qui capax est, & ille capit per consequentias, liberato illo per acceptilationem: id enim eveniret, etiam si solum capacem liberare jussus esset.

117 No há lugar el derecho de acrecer en quanto à la propiedad de lo legado, quando no hay conjuncion, que es quando el testador lega cosas distintas, ò divide la legada por partes ciertas, y diversas, v. g. *Lego à Juan la mitad de tal viña, y à Pedro la otra mitad*, pues en este caso cesa la razon expuesta, y ninguno adquiere mas derecho que à la parte que le dexa: y asi renunciandola, se incorpora en la herencia, como se prueba de la ley 1. ff. *de Usufruct. accrescenc.* que al principio dice: *Quotiens usus-fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus: cæterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat.* (1)

118 Tampoco há lugar, quando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente, v. g. si el testador lega alguna cosa al siervo de dos, ò mas señores, y el uno de estos la repudia, pues no se acrece al otro su propiedad, porque el derecho de acrecer no puede caer en un sugeto solo; ni hay, ni se presume conjuncion que lo induzca entre ellos, y el testador, sino la ley; ni aficion de éste à ellos; por lo que no son conjuntos, ni llamados por él en la cosa, ni palabras. (2) Lo que al contrario, si hace el legado à dos, ò mas siervos de un señor, porque son conjuntos, y llamados por el testador, y por consiguiente amados por él: y asi há lugar entre ellos dicho derecho.

(1) Cras. quæst. 8. n. 4. Faber. de Errorib. prammat. tom. 2. decad. 49. Error. 3. y 4. Cardos. de Jure accrescend. illatio 6. n. 2. Sr. Castill. dicho cap. 48. n. 16. y sig.

(2) Ley Proculo placebat, ff. de Legat. 2.

cho. (1) Y lo mismo procede quando el legado se tiene por no escrito, pues se acrece al socio conjunto. (2)

119 Asimismo no há lugar, quando falta el legado por defecto del legatario, ò por haber cometido tal delito, por el qual deba aplicarse al fisco, pues tampoco se acrece al conjunto. (3) Ni quando falta el legado por razon de la cosa legada. (4) Ni despues que el legatario percibió su parte, excepto en el usufructo. (5) Ni en los alimentos. (6) Ni en otros varios casos que recopila el Señor Gregor. Lop. en la ley 33. tit. 9. Partid. 6. glos. 6. vers. *Nunc vero*, y podrá ver el aplicado, pues para tinturar al Contador, basta lo explicado.

120 En quanto à si la parte que uno repudia, ò le tocaba, y falta que aceptar, ha de pasar, y acrecerse, ò no al conjunto con la carga impuesta por el testador, ò sin ella, debo sentar, que en las herencias universales pasa indistintamente con ella al coheredero, ò substituto: (7) y la razon es, porque aquella carga, ò gravamen mas parece impuesta à la herencia, que à la persona. (8)

121 En los legados particulares, siendo conjuntos real, y verbalmente los legatarios, si el uno no estaba vivo al tiempo del testamento, se acrece su parte al conjunto, ò substituto, ò buelve à los herederos del testador sin el

(1) Ley Si duobus, ff. eod. tit. Gom. dicho cap 10. n. 39.

(2) Ley Verum est 63. §. Si servo communi, ff. Pro socio.

(3) Ley Si Titio, & ei 7. ff. de Legat. 2.

(4) Ley Hujusmodi 84. §. Si Titio Stichus 11. ff. de Legat. 1. & ibi. glos.

(5) Ley 1. §. fin. ff. de Usufruct. legat.

(6) Menoch. lib. 4. præsumpt. 158. n. 2. Tusch. litter. A. conclus. 286. n. 53. Mantic. de Conjectur. lib. 10. tit. 3. n. 25. y sig. Cardos. ibi. illat. 27. n. 15.

(7) Ley unica, §. His ita definitis, vers. In his, Cod. de Caducis tollend.

(8) Glos. & DD. in dict. §. Cras. ibi. quæst. 29. Cancer. part. 2. Var. cap. 22. ex n. 192.

el gravamen, (1) porque éste no tiene raíz, ò fundamento en que pueda afianzarse, y por eso se anula (2) pues no habiendo ente, ò sugeto, no puede haber qualidad. (3)

122 Si uno de los legatarios estaba vivo quando se otorgó el testamento, y muerto al tiempo que falleció el testador, sucede al contrario, pues se acrece su parte al legatario conjunto, ò substituto que haya, y no habiendolos, buelve à los herederos del testador con el gravamen, (4) porque éste fue válido al principio de su imposicion, mediante vivir el legatario al tiempo del testamento, por lo que dura, y se conserva despues. (5) Y lo mismo procede, quando vivia al tiempo del testamento, y al del fallecimiento del testador, y despues fue excluso por la repudiacion, ù otra causa, porque ya tuvo raíz, ò fundamento en su persona, y valió, y se conservó. (6)

123 Pero si los legatarios son conjuntos solamente con conjuncion real, pasa sin la carga al conjunto, (7) porque el mere conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por su propio derecho, y persona, mediante la voluntad, y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él,

(1) Dicha ley unica, y §. In primo, Cardos. de Jure accrescend. in præludiis n. 15. al 17. Cancer. ubi supr. Pichard. in §. Si eadem res, Institut. de Legat. n. 30.

(2) Arg. leg. 2. ff. de Hæredib. instituend. ley Illa stipulatio, ff. de Verbor. obligation. ley Cum principalis, ff. de Regul. jur. y ley Nam etsi sub conditione, vers. Post defectum, ff. de Injusto, rupt. testament.

(3) Ley Ejus, qui in Provincia, vers. Quare, ff. de Reb. credit. si certum petat. ley Si servum, §. fin. ff. de Action. empti. Gom. dicho cap. 10. n. 43. vers. Secunda conclusio.

(4) Dicha ley unica, y §. Pro secundo 4. & ibi. glos.

(5) Glos. en dicho §. verb. Sentire, & ibi. Cin. & alii DD. Gom. dicho cap. y n. vers. Tertia conclusio.

(6) Dicha ley unica, §. Ubi autem legatarii 11.

(7) Dicha ley unic. y §. Ubi autem, vers. Sin autem ad deficientis personam.

él, y la retiene despues que el conjunto no la quiso. (1)

124 Vendiendo, ò enagenando uno de los legatarios conjuntos la parte de su legado, si el colegatario repudia la suya, se acrece, y pasa la que éste repudió, al comprador, ò particular sucesor, y no al legatario conjunto, porque en este caso ningun derecho directo queda en éste como en el heredero por la herencia, ni militan las razones inductivas del de acrecer: y asi la parte se debe acrecer à la parte. (2)

§. V.

SI LOS LEGADOS HECHOS POR EL testador à su muger, ò à sus acreedores se compensarán, ò no con la dote, bienes parafernales, arras, y gananciales que la tocan, y con lo que debe à sus acreedores.

125 MUchas veces los maridos hacen legados à sus mugeres, y suele dudarse si se han de compensar, ò no hasta en su importe con la dote, bienes parafernales, arras, y gananciales que las corresponden: y para instruccion del Contador, procederé con la debida distincion. En quanto à la dote, digo, que no se debe compensar con el legado, ò legados que el marido hizo à su muger: y asi no solo ha de llevarla integra, sino tambien los legados. Lo qual se entiende à menos que haya dicho expresamente, que se los dexaba por via de compensacion de ella, ò conste claramente, que su animo fue

(1) Glos. in dict. vers. Sin autem. Gom. ibi. vers. Advertendum est.

(2) Arg. leg. Si Titio, ff. de Usufruct. Bart. in leg. Re conjuncti, ff. de Legat. 3. col. 7. quæst. 15. princip.

fue hacerselos en este concepto, segun se prueba de la ley unica, §. *Primum* 3. Cod. *de Rei uxoriæ action.* vers. *Sciendum*, que dice: *Sciendum itaque est edictum prætoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ita ut uxor, & à marito relicta recipiat, & dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.* Y tambien de la *Cum pater* 77. §. *Qui dotale*, ff. *de Legat.* 2. Y se entiende tambien, aunque la legue la misma cantidad numero identica que contiene la dote, (1) ò el usufructo del todo, ò parte de sus bienes; por lo que todo se la aplicará. Sobre lo qual vease al Señor Castill. *de Usufruct. cap.* 46.

126 Si la lega los siervos que recibió estimados en dote, los conseguirá como legado, y tambien su estimacion como parte de dote. (2) Lo mismo procede, aunque haya dicho que legaba tales cosas, ò tales esclavos que se le habian dado en dote, pues estas palabras se entienden puestas, y añadidas por causa de demonstracion, y no de tasacion. (3) E igualmente quando la lega alguna heredad, ù otra finca afecta especial, ò generalmente à la responsabilidad de su dote, pues tampoco se compensará en todo, ni parte con ella, excepto que asi lo exprese, ò conste ser esta su voluntad, (4) porque estos débitos son voluntarios, à causa de haberlos contraido espontanea-

(1) Bart. Bald. Salicet. & alii DD. in leg. unic. insert. Com. lib. 1. Var. cap. 12. n. 27. vers. Quod extende.

(2) Glos. in leg. Licinius 48. ff. de Legat. 2. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 11. n. 16.

(3) Imol. y Bart. in leg. 1. §. Mela 14. ff. de Dote prælegat.

(4) Ley unica Cod. de Rei uxoriæ action. §. y vers. insert. y ley Cum pater 77. §. Qui dotale, ff. de Legat. 2. Sr Greg. Lop. en la 16. tit. 9. Partid. 6. glos. 3. vers. Sed quid si debitor.

neamente, y no necesários, y en los voluntarios no há lugar en caso de duda la compensacion.

127 Los bienes parafernales parece se deben compensar con el legado, porque se presume que el testador quiso gravar à su heredero en quanto menos pudiese; (1) y mejor se interpreta el que no subsista el legado, que el que se presuma haber querido imponer gravamen à su heredero, por ser visto haberle tenido mas afecto que à su muger; (2) y porque por los bienes parafernales están obligados tacitamente los de su marido; (3) y quando alguno dexa à su acreedor algo de lo que le tiene obligado, parece se lo lega con animo de compensar el credito. (4)

128 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y asi no se debe compensar el debito de los bienes parafernales con el legado: Lo primero, porque este debito es voluntario en su origen, por estar en arbitrio del marido el recibir, ò no su administracion: (5) y quando el contrato fue voluntario en su principio, se conceptúa siempre por tal: (6) y el legado hecho por el deudor al acreedor voluntario, no se compensa con el debito. (7) Y lo segundo, porque lo mismo se juzga de lo accesorio que de lo prin-

(1) Ley Unum ex familia 67. §. Si rem tuam, ff. de Legat. 2.

(2) Jason in leg. Quod in rerum 2. in primo notabili, & in leg. Ita scriptum 5. ultimo notabili, ff. de Legat. 1. & in leg. Uxor patrui, eod. tit. Cravet. consil. 32. n. 3. y consil. 167. n. 14.

(3) Ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. y ley 17. tit. 11. Partid. 4.

(4) Bart. in leg. Frater à fratre n. 43. ff. de Condition. indebiti, & ibi. Paul. de Castr. Aflict. decis. 44. n. 9.

(5) Ley fin. Cod. de Pact. convent.

(6) Ley Sicut, Cod. de Obligation. & action.

(7) Imol. in leg. Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrimon. Alex. in leg. Hujusmodi 84. §. Cum pater 6. ff. de Legat. 1. Menoch. lib. 2. de Arbitr. cas. 182. n. 52. Aimon. Cravet. consil. 149. Aflict. decis. cit. n. 17. y 18.

principal ; (1) y de las cosas contiguas , y coherentes se debe hacer el propio juicio ; (2) es asi que los bienes parafernales son accesorios à la dote : luego por igual regla se han de juzgar ; y al modo que con la dote no há lugar la compensacion del legado , tampoco con los parafernales ; por lo que si el estatuto permite à la muger que teste de aquella , se debe entender , y ampliar la permision acerca de estos. (3)

129 Si el testador recibió con su muger , v. g. ciento en dote , y doscientos en bienes parafernales , y en su testamento dexó à las hijas de su muger mayor suma que las dos recibidas, mandando que callasen, y se contentasen con ella por todo lo que debian haber , y podian pedir, valdrá , y se compensará el legado con la dote , y parafernales de su madre hasta en lo que alcance , porque estas palabras : *Que se contentasen con ella por todo lo que debian haber , y podian pedir* , son universales , y comprehenden toda especie de debito ; por lo que es visto haber hecho el legado en compensacion de la dote , y bienes parafernales. (4)

130 Por lo respectivo à las arras que el marido promete à su muger , tampoco há lugar su compensacion con el legado del quinto , ù otro que la hizo , porque el debito de ellas fue voluntario en el principio , à causa de estar en su arbitrio , y voluntad el ofrecerselas , ò no , por no obligarle à ello ley alguna , (pues en las deudas voluntarias

(1) Ley Cum principalis, ff. de Regul. jur.

(2) Ley Quæ Religiosis , ff. de Reivindication. cap. unic. de Consecrat. Eccles. in 6.

(3) Cravet. consil. 149. n. 6. Ana consil. 36. vers. Utrum, n. 1. Curt. Senior consil. 76. Curt. Junior consil. 129. al fin.

(4) Menoch. consil. 56. n. 36. vers. 10. vol. 1. Corn. consil. 344. al fin. lib. 1. Ruin. consil. 60. n. 6. consil. 79. n. 8. y consil. 81. n. 7. lib. 2. Socin. Junior consil. 175. n 13. lib. 3. Morquech. lib. 4. cap. 1, n. 14. y 15. de Divis.

luntarias, que son las que se contraen, y deben por pacto, y condicion, sin distincion de genero, especie, ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador) y mucho menos há lugar, si las arras están entregadas à la muger, porque con el debito ya pagado no se hace compensacion. (1) Todo lo qual se entiende, excepto que el testador tenga ascendientes, ò descendientes al tiempo que se casa, pues si viven algunos de ellos, ò todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto del quinto, ò tercio, y del uno de estos se deducirá, y no del cuerpo de su caudal, por las razones expuestas en el cap. 6. n. 26. y 27. lib. 1. de este tratado.

131 Por lo concerniente à los gananciales, si el marido hace à su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que de ellos la toca, antes bien la ha de llevar, y además el legado, el qual se debe deducir del privativo caudal del marido, segun se prueba de la ley 7. tit. 9. lib. 5. Recop. cuyo contexto es: *Si el marido mandare alguna cosa à su muger al tiempo de su muerte, ò testamento, no se la cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer*: y la razon es, no porque sean debito voluntario en su principio, como afirma *Matienzo* en ella *glos.* 1. pues no lo son sino necesario: y asi ya quiera, ò no el marido, los ha de llevar, por concederselos en estos Reynos de Castilla la costumbre aproba-

(1) Tell. en la ley 16. de Toro n. 7. y 8. Sr. Covar. in cap. Officii n. 4. y 11. de Testam. Matienz. en la ley 7. glos. 1. n. 8. tit. 9. lib. 5. Recop. & ibi. Acev. n. 6. al fin. y n. 7. Palac. Rub. in cap. Per vestras, de Donation. cap. 27. n. 2. y 3. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 124. n. 2.

bada por la ley, (1) al modo que lo es tambien el lucro de la dote, que segun la ley, ò estatuto gana el marido. (2) Ni tampoco porque la ley lo estableció asi por extirpar dudas, como en ella expone *Acevedo*, pues todas las leyes se crearon generalmente à este fin: (3) Si no porque como à la muger se comunica el dominio, y posesion (bien que revocable durante la vida de su marido) de los gananciales, segun senté en el cap. 4. n. 28. lib. 1. de este tratado; estos se la deben à dia incierto, que es por muerte de su marido, ò por divorcio, y no antes, y por causa onerosa, que es su trabajo, y promiscua sociedad; el dia incierto hace condicion; (4) y el legado para pagar el debito contraido à cierto dia, ò con condicion, no parece hecho con animo de que se compense antes que el dia llegue, ò la condicion se cumpla: (5) por eso estableció la ley inserta, que el hecho por el marido à su muger no se compense con los gananciales que no se la deben, ni se la han de pagar hasta que su marido muera; pues aunque tampoco se debe el legado hasta que fallece, y por concurrir éste, y los gananciales en un mismo tiempo, parece se debian compensar, no obsta, porque se atiende à el en que se hizo, en el qual no se la debian toda-

(1) Segur. in leg. 3. §. fin. n. 246. ff. de Liber. & posthum.

(2) Bart. Salicet. Aretin. y Paul. de Castr. in Authent. Præterea Cod. Unde vir, & uxor. Sr. Covar. ibi. n. 2. Menoch. præsumpt. 109. n. 35. lib 4.

(3) Ley Ancillæ 12. & ibi. DD. Cod. de Furt.

(4) Ley 1. §. Dies autem incertus, y ley Dies incertus 75. ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(5) Alex. in leg. Hujusmodi, §. Cum pater, ff. de Legat. 1. Socin. junior consil. 79. n. 41. vers. Vel secundo, y n. 61. lib. 3. Ruin. consil. 58. n. 24. consil 64. n. 7. consil. 72. n. 7. consil. 80. n. 6. y consil. 81. n. 17. vers. Non obstat, lib. 2. Cosn. consil. 288. n. 19. lib. 1. Menoch. consil. 151. n. 23. lib. 2. y præsumpt. 109. n. 57. lib. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 27. al fin. vers. Ex quibus subtiliter.

davia los gananciales, y al motivo por que se la deben.

132 Por la misma regla se ha de juzgar el legado, que el padre hace à su hija impubere, pues aunque de necesidad está obligado à dotarla, teniendo edad competente para casarse, (1) este debito, y obligacion son necesarios solamente à cierto dia, que es quando se halle en disposicion de poder contraer matrimonio, y no antes; (2) por lo que si la hizo algun legado en tiempo que todavia no se podia casar por falta de edad, no se debe decir, que fue con animo de compensarlo con la dote que debia darla quando la tuviese: y asi no se compensará con ésta, antes bien lo llevará todo: (3) y lo mejor será, ya tenga, ò no edad para casarse la hija, que el padre lo declare en su testamento, y de esta suerte se evitan dudas; sobre todo lo qual vease à *Morquech. de Divis.* lib. 4. cap. 11. ex n. 1. al 43. y à los que cita.

133 Si el marido lega à su muger todos sus vestidos, y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, en caso que no estén consumidos los que al tiempo de hacerla el legado la tenia entregado; y la razon es, porque dos causas lucrativas de una misma especie no pueden concurrir en una persona, (4) à menos que conste lo contrario de la voluntad del legante, pues entonces se observará ésta en todo lo que sea conforme à Derecho.

134 Pero en quanto à los demás vestidos, y joyas no entregadas, se ha de distinguir: si son dotales, porque

(1) Ley Qui liberos 19. ff. de Ritu nuptiar. ley final, & ibi. DD. Cod. de Dotis promission. y ley 8. tit. 11. Partid. 4.

(2) Ley Quod pupillæ 30. ff. Quando dies legator. cedat.

(3) Alex. consil. 21. n. 9. lib. 7. Ruin. consil. 80. lib. 2. n. 6. Menoch. dicha præsumpt. 109. n. 57. al fin.

(4) Ley Omnes, ff. de Obligation. & action. ley si servus legatus, §. Trichum, ff. d. Legat. 1. y §. Si res aliena, Institut. de Legat. Bart. in leg. Mœvius, §. Duobus, n. 13. y sig. ff. de Legat. 2.

que la muger los traxo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados. Y lo propio milita para con otra qualquiera cosa dotal, como se prueba de la ley 1. §. 14. ff. *de Dote prælegata*, que dice: *Mela scripsit: si fundus in dote sit, & speciàliter sit legatus, mox generaliter dos relegata: non bis, sed semel deberi fundum.* Lo qual se entiende, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, pues en este caso se la han de dar, y además su estimacion. (1) Previniendo, que si expresa lo que valen, aunque resulte tener mayor valor, es visto legarla éste integro. (2)

135 No solo se comprehenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño, ò tela texida, ò que para invertir en ellos se estaba texiendo, excepto que lo limite el testador. (3) Lo qual se entiende, no estando prohibido su uso en el Pueblo, bien que en este caso se deberá su estimacion. (4) Y aunque se aumenten despues, porque no murió entonces el testador, no se estenderá el legado à otros que à los legados, no obstante que estos estén algo gastados, ò rotos; pero estando consumidos, succederán en su lugar los nuevamente hechos hasta en el valor que aquellos tenian, y no mas. (5)

136 Donando inter vivos el deudor à su acreedor algu-

(1) Bart. in §. Mela insert. Acev. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Din. y Paul. in leg. Si fundum 83. §. Si libertus, ff. de Legat. 1.

(3) Jason in leg. Cætera 41. §. Sed si paraverit, ff. de Legat. 1. n. 20. & in leg. Hujusmodi 84. §. Legatum n. 8. ff. eod. tit. Bart. in leg. Quamvis. 26. ff. de Aur. argent. legat. & in leg. Ex facto 35. §. Rerum autem, ff. de Hæredib. instituend.

(4) Bart. in dict. leg. Quamvis.

(5) Jason in leg. Stichum 6. ff. de Legat. 1. n. 13. Castill. en la ley 16. de Toro n. 14. y 15.

guna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con animo de compensarla con lo que le debia: y asi no se hará la compensacion, porque en duda no se hace con el debito necesario, antes bien llevará el importe del debito, y la cosa donada. (1)

137 No vale el legado hecho por el deudor à su acreedor de lo que le debe, quando ninguna utilidad, ni comodidad se le sigue; pero si alguna se puede considerar, valdrá. (2) Por lo que si le lega simplemente alguna cantidad, se duda ¿si es visto legarsela con animo de compensarla con lo que le debe? Y se responde, que siendo el debito necesario, (que es el que por disposicion de la ley contrae el legante, aunque à él no se obligue expresamente) se compensará, porque es visto haberlo hecho con este animo, v. g. quando el padre lega alguna cosa à su hija, que ya se halla en edad de casarse, pues se entiende legarsela con animo de compensarla con la dote, que segun Derecho está obligado à darla. (3) O si dexa algo à un hijo, pues se presume dexarselo por via de legitima, y por compensacion de ésta, (4) aunque tambien puede ser por via de mejora, segun la ley 26. de Toro, como en los cap. 2. y 3. de este lib. 2. dexo explicado. Todo lo qual procede, excepto que otra cosa conste de su voluntad. Pe-

(1) Socin. Senior consil. 93. n. 21. vol. 1. per text. in leg. Si vero, §. Cæterum, y ley Etiam, §. Si debita, vers. Sed si non mortis, ff. de Bonis libertor. Mascard. de Probat. lib. 1. conclus. 333. n. 7. Menoch. præsumpt. 142. n. 2. lib. 3.

(2) Ley Si creditori, ff. de Legat. 1. ley Mœvius 66. vers. Debitor, y ley Debitor 82. ff. de Legat. 2. ley Legavi, §. fin. y ley Creditor, ff. de Liberation. legat. y §. Si quis debitori, vers. Ex contrario. Institut. de Legat. Gom. dicho cap. 12. n. 26.

(3) Ley Si cum dotem, §. Si pater, ff. Solut. matrimon.

(4) Ley Quoniam novella, y ley Omnimodo, Cod. de Inofficios. testam. y ley Etiam, §. Si debita, ff. de Bonis libertor.

138 Pero si el debito es voluntario, (que se llama asi quando proviene de contrato celebrado por el mismo deudor) no se compensará, y antes bien el acreedor llevará el legado, y podrá pedir, y percibir su credito. (1) Y lo propio milita si le lega la cosa mueble, ò inmueble que le tiene obligada, ò afecta à la seguridad, y responsabilidad de la deuda, pues percibirá aquella, y tambien el importe de ésta, porque la especie no se compensa con la cantidad. (2)

139 Lo qual se limíta, y entiende, excepto que concurra alguna urgente congetura, de la qual se pueda colegir que el deudor hizo el legado con animo de hacer la compensacion, (3) pues el animo de compensar se prueba tambien por congeturas, (4) v. g. quando por la misma causa de que procede el debito, se hace la donacion, ò legado, como si alguno debe à la muger cierta cantidad por razon, ò causa de dote, y por la causa dotal la dona, ò lega la propia suma. (5) O quando dona, ò lega tanta quanta debe, v. g. debe ciento, y dona al acreedor otros tantos. (6) O quando la cantidad donada excede à la que debe, porque en lo mas está incluso lo menos. (7) O quando por la prefaccion, y exordio de la donacion, ò legado se

(1) Ley unica §. Sciendum, Cod. de Rei uxoriæ action.

(2) Ley Creditor 16. Cod. de Legat. y ley Creditorem 85. ff. de Legat. 2. Sr. Covar. in cap. Officii de Testam. n. 2. Gom. dicho cap. 12. n. 27.

(3) Cravet. consil. 686. n. 3. lib. 4.

(4) Ley Cum quo 56. §. fin. y ley Quod autem 74. ff. ad leg. Falcid. Paul. consil. 193. in 2. dub. col. 3. lib. 3. Abb. consil. 81. col 2. lib. 1. Matienz. en la ley 7. tit. 9. lib. 5. glos. 1. n. 9.

(5) Ruin. consil. 223. n. 4. lib. 1. Cravet. consil. 68. n. 3.

(6) Paul. in leg. Lucius 1. ff. de Legat. 2. col. 2. Corn. consil. 230. n. 1. lib. 4. Cravet. ibi n. 6.

(7) Ley In eo, ff. de Regul. jur. Corn. cons. 292. n. 1. lib. 1. Cravet. consil. 301. al fin.

se colige el animo de compensar. (1) Por cuyas congeturas se infiere, que la voluntad del testador fue hacer la compensacion, y asi se hará, y mucho mejor quando está clara, y manifiesta; pues entonces no se duda, y en las cosas claras, y ciertas no hay que recurrir à congeturas, como dice el Derecho. (2) Sobre lo qual vease à *Menoch. præsumpt.* 106. y à *Barbos. in leg. Si cum dotem*, §. *Si pater*, *ff. Solut. matrim.* y à los que estos citan.

140 Lo propio milita por el contrario, quando el acreedor, que tiene en su poder la prenda, la lega à su deudor: pues aunque vale el legado, se entiende en quanto al derecho de prenda que le remite, pero no en quanto à la liberacion de la deuda: y asi la podrán cobrar sus herederos, y no habrá lugar la compensacion, como he sentado en el num. 13. y se prueba de la ley 16. tit. 9. Partid. 6. que dice: *En peños teniendo algum ome cosa de otro por dineros que oviese emprestado sobre ella: si éste à tal à quien fuese obligada, ficiese manda de aquella cosa à aquel mismo que gela obligára, vale tal manda. Pero à sus herederos en salvo les finca su derecho, para poder demandar à aquel que gela empeñó, los dineros que el testador le habia prestado sobre aquella cosa.*

141 Procede tambien lo referido, quando es especie lo que se debe, y cantidad lo que se lega, pues tampoco há lugar la compensacion de una con otra, (3) excepto que uno à otro se leguen la misma cosa que se deben, porque dos causas lucrativas de una propia cosa no pueden con-

(1) Menoch. præsumpt. 142. al fin. lib. 3. Cravet. dicho consil. 301. col. 2. Corn. lib. 1. consil. 210. n. 4.

(2) Ley Continuus, §. Cum ita, ff. de Verbor. obligation.

(3) Alex. consil. 7. n. 16. col. fin. lib. 6. Bald. in leg. Filia legatorum quæst. 4. Cod. de Legat. Mascard. lib. 1. conclus. 333. cit. n. 8. y 9.

concurrir en una persona, aunque la primera se haya entregado. Lo qual no milita quando son diferentes especies: (1) ni tampoco en las deudas que se deben al superstite por disposicion de ley, estatuto, ò costumbre, v. g. la quarta marital, el lecho quotidiano, ò luto, pues estas son necesarias: y asi habrá lugar en ellas la compensacion sin distincion de especie, genero, ni cantidad, (2) no constando lo contrario de la voluntad del legante.

§. VI.

SI PERTENECERAN, O NO AL legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produxo desde su muerte hasta que se le entregó; y si revocandose el legado, deberá, ò no restituir los que percibió.

142 INquestionablemente pertenecen al legatario, ò fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada, ò dexada en fideicomiso por el testador, siendo suya: y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio con dicho motivo, sin que para ello se atienda à si pasó, ò no la mayor parte del año, ni à quándo espi-

(1) Pichard. in § Si res aliena, Institut. de Legat. n. 9. 10. 11. y 15.

(2 Sr Greg. Lop. en la ley 16. tit. 9. Partid. 6. Escobar de Ratiocin. computat. 14. n. 6. Alberic. in leg. Filium quem, Cod. Familiæ ercisc. und. Decio in Authent. præterea num. 10. & ibi. Fabian. de Monte n. 47. Cod. Unde vir, & uxor.

piró, ò se cumplió el dia del legado, ò fideicomiso: ni tampoco à si están maduros, ò proximos à ser cogidos; pues sin embargo de todo debe percibirlos el legatario, habiendolos dexado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna; por lo que si el heredero de éste los coge, ò percibe, se los debe restituir, pagandole los gastos de recoleccion, porque el derecho que adquirió à ellos, se retrotrae siempre al tiempo de su muerte, ya los haya percibido antes, ò despues de la adicion, ò aceptacion de su herencia. (1) Previniendo, que si no legó la cosa simplemente, sino con sus frutos, y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado. (2)

143 Milita, y se entiende lo expuesto en el numero inmediato, quando el testador testa entre extraños, por carecer de herederos legitimos: pues si dexa ascendientes, ò descendientes, y el legatario es extraño, se ha de mirar si los frutos caben, ò no en el quinto, ò en el tercio, de que puede respectivamente disponer segun las leyes 6. y 28. de Toro; porque si los frutos, ò la cosa legada exceden al importe de aquellos, se revoca el legado en el exceso. Y si el legatario es legitimo descendiente, se ha de atender à si le caben en su legitima, y mejora, pues aumentan la herencia, y el testador à pretexto de estar pendientes no puede gravar à sus herederos forzosos en su legitima, como en varias partes de este libro dexo sentado con legal apoyo, lo qual tendrá presente el Contador. Es-

(1) Ley Herennius Modestinus, ff. de Usur. & ibi. DD. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 1. y ley Cum pater, §. Filiæ, ff. de Legat. 2 Cost. in tract. de Succession. Regn. pag. 145. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 5.

(2) Ley Lucius 1. ff. de Legat. 2. & ibi. glos. Bart. Bald. Alberic. y Paul. de Castr. Gom. loco cit.

144 Estos frutos parece debian dividirse à prorrata, segun en quanto à los de la dote está dispuesto por Derecho comun. (1) Pero no debe practicarse asi; y la razon de diferencia consiste en que los de ésta se conceden al marido por las cargas matrimoniales que supera; por lo que solo mientras estas duran, debe percibirlos, y no mas, cuyo respecto no milíta en el legatario, y fideicomisario, sino el de dominio, que es el que presta titulo para adquirirlos: por lo que luego que lo consiguen, les corresponden sus frutos, por ser cogidos de alhaja, que à este tiempo ya es suya, contemplarse una misma cosa con ella, y seguir el de la que los produce, mediante su inseparacion: y por lo propio no están obligados à satisfacer las impensas hechas en sus labores, y siembra de aquel año, porque es visto haberselo legado todo el testador. (2) Lo qual se entiende, excepto que les mande pagarlas.

145 Siendo legatario de usufructo de alguna finca el que muere, pertenecen à su heredero los frutos que dexa pendientes, aunque haya muerto à poco de haber entrado el año, pues aumentan el legado, segun se prueba de ley 8. ff. *de Annuis legatis*, que dice: *In singulos annos relictum legatum, simile est usuifructui, cum morte finiatur: sanè capitis diminutione non finitur, cum ususfructus finiatur; & ususfructus ita legari potest*: Titio usumfructum fundi lego, & quotiescumque capite minutus erit, eumdem usumfructum ei do. *Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cujuslibet anni si decesserit legatarius, ejus anni legatum hæredi suo relinquit: quod in usu-*

(1) Ley Divortio facto, ff. Soluto matrimon.

(2) §. Item ea, Institut. de Rerum division. Jason in leg. Apud Julianum, §. Fructus n. 8. ff. de Legat. 1. Bald. in leg. 1. num. 19. Cod. de Usur. & fruct. legat. Alciat. in Rubr. al fin, ff. de Legat. 1. Valasc. de Partition. cap. 34. n. 1. al fin.

usufructu non ita est, cum fructuarius etiam si maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, hæredi suo eos fructus non relinquet. Lo qual es al contrario en el usufructuario, como lo dice esta ley al fin, y he sentado en el cap. 7. §. 3. n. 44. del lib. 1. de este tratado.

146 No dexando el testador la propiedad del fundo al legatario, sino solamente su usufructo, si al tiempo de la muerte de aquel hay frutos pendientes en él, parece que pertenecerán à éste, y no al heredero instituido, porque los frutos de la cosa legada se deben al legatario desde que fallece el testador, desde cuyo tiempo se le transfiere el dominio de lo legado, y no antes, como dice el Derecho. (1)

147 Pero no obstante, lo contrario es lo cierto, y asi los llevará el heredero propietario; pues aunque lo expuesto es incontrovertible, no milíta en este caso, porque no le lega el dominio, y propiedad del fundo, sino solamente el usufructo de él: y como los frutos pendientes no son frutos, sino parte de la finca en que existen, y la siguen, tocan al que tiene el dominio de ella, el qual es el que presta titulo para su adquisicion, y percibo; por lo que se entiende que le lega el usufructo succesivo, y no los frutos actuales, pues si quisiera que los llevase, lo expresaria: y respecto no haberlo expresado, los percibirá su heredero. (2) Lo qual tendrá presente el Contador, pues no todos lo advierten.

148 Por lo respectivo à cómo se han de dividir las pen-

(1) Ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de Legat. 1. Gom. lib. 1. Var. y cap. 12. dichos n. 5. y 22.

(2) Paul. de Castr. in leg. Julianus, §. Fructus, ff. de Action. empt. DD. in leg. Cum filia familias, ff. de Legat. 1. & in leg. fin. §. Fructus, y §. Non solum, ff. de His quæ in fraudem creditor. & in leg. Fructus, ff. de Rei vindication. Bayo Prax. Eccles. quæst. 57. n. 3.

pensiones de la cosa locada por el testador, entre sus herederos, y el legatario, à quien estando arrendada la legó, pende su decision de la genuina, y verdadera inteligencia de los §§. 10. y 11. de la ley *Julianus* 13. *ff. de Action. empti*, que por su orden dicen: *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.= Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat: idem est in prædiis urbanis, nisi quid nominatim convenisse proponatur.* Sobre cuya inteligencia hay discrimen de sentencias, y la mas comun es, que indistintamente tocan al vendedor, y locador, ya sean naturales, ò civiles los frutos, si la alhaja está locada por cierta pension; no para que efectivamente pueda exigirla del Conductor, ò Colono, sino para que ceda al comprador la accion *ex locato* que contra éste le compete, porque al comprador por su persona ninguna toca, por no haber contraido con él; (1) ni la obligacion personal contraida por la locacion entre el comprador, y vendedor sigue al poseedor del fundo locacado: (2) y que asi desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador las pensiones, como he sentado en el cap. 5. n. 4. lib. 1. de este tratado, para cuya exaccion debe ceder el vendedor la accion que contra el conductor le compete. (3) Lo mismo que queda expuesto en quanto al vendedor respecto del comprador, parece se deberá practicar entre los herederos del testador, que locó la finca, y el legatario, à quien despues de locada la legó. (4) Yo digo que se debe seguir por lo tocante à las pen-

(1) Ley Quæcumque gerimus, ff. de Obligation. & action.

(2) Ley final, §. Ultim. ff. de Contrahend. emption.

(3) Sr. Molin. de Primogenit. lib. 3. cap. 11. n. 8. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 15. n. 3. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 33. n. 19.

(4) Valasc. de Partition. cap. 28. n. 10.

pensiones lo que expliqué en dicho cap. 5. n. 34. y final, no disponiendo el testador otra cosa, pues asi lo dicta la equidad.

149 Al legatario de cosa especifica propia del testador, ya sea legada sola, ò señalada por éste para parte de pago de la quota de bienes que le lega, corresponden los frutos que produce, luego que muere, no solo aunque su heredero no acepte la herencia, ò no éntre en ella, sino aunque el testamento se rompa por pretericion, ò exheredacion, ò carezca de nombramiento de heredero, porque en todos estos casos vale el legado, y lo demás contenido en el testamento, si à su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que la ley apetece, segun expuse en el cap. 7. §. 3. lib. 1. de este tratado num. 50. y se le transfiere su dominio, y por consiguiente los frutos producidos por la cosa legada: (1) à diferencia de lo que por Derecho comun, y de las Partidas está ordenado, pues no debia llevarlos, ni el legado, hasta que el heredero aceptaba la herencia; y asi en esta parte está corregido, y cesan la gran controversia, distinciones, y tiempos, à que daba lugar se atendiese, para ver si los frutos correspondian, ò no al legatario; acerca de lo qual vease à *Matienzo* en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 14. ex n. 21. al 29. pues lo explica latamente.

150 Si el legado es de cosa generica, ò agena, tambien vale, pero no se deben al legatario los frutos, sino desde el tiempo en que se constituye en mora el heredero,

(1) Ley 7. tit. 8. Partid. 6. ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. ley A Titio, ff. de Furt. ley Si tibi homo, §. Cum servum, ff. de Legat. 1. ley Herennius 1. ff. de Usur. & fruct. y ley Solum, §. Meum, ff. de Reivindication. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. glos. 14. n. 30. al 36. Burg. de Paz en la 3. de Toro part. 1. n. 934. Gom. dicho cap. 12. n. 22. Angul. de Meliorat. en la ley 4. glos. 6. n. 4. y sig.

ro, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la litis contextacion, como lo dice la ley final, Cod. *de Usuris, & fructibus legator.* ibi: *In legatis, & fideicommissis fructus post litis contextationem, non ex die mortis consequuntur, sive in rem, sive inpersonam agatur*: y la razon es, porque no se le transfiere, ni adquiere dominio en lo legado, como quando es propia del testador, ò especifica; pues cesando la razon de dominio, cesa la de pertenencia, y produccion de frutos, y de ser ya parte de la misma alhaja, estar comprehendidos en ella, y deber pasar con el dominio al legatario. (1)

151 Lo mismo procede por la propia razon, quando el legado es del quinto, ò de otra parte, ò quota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario: (2) y en todos los casos en que no se le transfiere el dominio antes de la eleccion, y mora del heredero, dia prefinido para su tradicion, ò cumplimiento de la condicion impuesta; (3) pues en ellos se le deberán los frutos desde el dia en que se le transfiera, y no antes. Y la razon por que no se le transfiere, ni por consiguiente se le deben los frutos, es, porque aunque consta la parte quotitativa que contiene el legado, pero no especifica, y señaladamente lo que se ha de entregar en pago de él, pues esto queda à eleccion del heredero, la qual impide la translacion del dominio, y adquisicion de frutos, durante la mora, y hasta la interpelacion, y contexta-

(1) Glos. Cin. Bald. & alii DD. in leg. fin. insert. Jason consil. 231. col. fin. Valasc. dicho cap. 34. n. 3. Burg. de Paz ibi. ex n. 936. Matienz dicha glos. 14. n. 33.

(2) Ley Si quis bonorum 23. ff. de Legat. 1. & ibi. Bart. Paul. & alii DD. Matienz. ibi.

(3) Vasquio de Succes. creat. lib. 2. §. 17. n. 131. Matienz. ibi. n. 34.

tacion; (1) y la eleccion toca al heredero, porque fue mas amado del testador que el legatario.

152 Si ningun heredero fuere instituido, ò aunque lo sea, si no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar à los legitimos para que la acepten, ò al executor testamentario, ò se nombrará curador à los bienes yacentes, con quien se practíquen las diligencias competentes à la adiccion, ò aceptacion, desde la qual al modo que se le transfiere el dominio verdadero de lo legado, del mismo modo se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello. Pero si el legado consiste en universidad de bienes, v. g. en un rebaño, corresponden sus frutos al legatario, y vienen desde la muerte del testador, porque se reputa un mismo cuerpo, y legado. (2)

153 Revocado el legado, que fue hecho en ultima voluntad, ò en donacion *causa mortis*, y entregado al legatario por el legante, con expresion del instrumento revocable, en cuya virtud se le entrega, ¿se duda si el legatario hará suyos los frutos percibidos de la cosa donada, hasta la revocacion, ò muerte del testador? Y aunque algunos dicen que sí, (3) lo contrario me parece lo veridico: Lo primero, porque el legado hecho en donacion *causa mortis*, ò en otra ultima voluntad, lleva la tacita condicion de que valdrá en caso que estas no se revoquen, y sigue la naturaleza del instrumento en que se ha-

(1) Dicha ley Si quis bonorum, y ley Non amplius 26. §. Cum bonorum, ff. eod. tit. & ibi. Imol. y Alex. Rip. in leg. 1. ff. eod. tit. n. 53. Angul. de Meliorat. in leg. 4. glos. 6. n. 1. y 2. Ayor. de Partition. part. 1. cap. 6. n. 13. y 14.

(2) Ley Grege legato 21. ff. de Legat. 1. Gom. dicho n. 22. Pichard. in §. Si res, Institut. de Legat. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 27. ex n. 5.

(3) Gom. ibi. n. 4. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de Legat. 1. n. 258. Tell. en la 17. de Toro n. 83.

hace: (1) y atendida esta condicion, no se deben los frutos de lo donado, ò legado: (2) y completa, y verificada, se deben restituir. (3) Lo segundo, porque el titulo revocable ningun derecho dá para adquirir los frutos. (4) Lo tercero, porque la tradicion de la cosa legada con expresion, ò commemoracion del instrumento en que se hace, no muda la sustancia, virtud, ni efecto del legado: (5) y por lo propio que no muda su naturaleza, se queda en la clase de no entregado: y asi conviniendo como convienen el no entregado, y el que lo fue en los terminos referidos, debe convenir la misma disposicion à uno que à otro. (6) Y lo quarto, porque al legatario no se deben los frutos hasta despues de la muerte del testador; (7) por lo que si los percibió antes, debe restituirlos en caso que éste revoque el legado. Sobre lo qual vease à Morquecho. (8)

CA-

(1) Ley Senatus, §. 1. ff. de Donation. caus. mort. ley Rem legatam, ff. de Adimend. legat. y §. 1. Institut. eod. tit.

(2) Ley Necessario, §. Quod si pendente, ff. de Pericul. & commod. rei vendit.

(3) Dicho §. Quod si pendentes, y ley Omnia, §. 1. ff. de Legart 2. Signorel. consil. 227. col. penult. Angul. de Melioration. in leg. 1. glos. 12. n. 9. y 15.

(4) Ley Cum quis, & ibi. Alex. & Angel. ff. de Condition. ob caus. Tiraquel. in leg. Si unquam Cod. de Revocand. donation. verb. Revertatur n. 228. al fin.

(5) Glos. in leg. Legatum 1. ff. de Legat. 1. Tell. en la 17 de Toro n. 86. Sr. Covar. in Rubr. de Testam. part. 2. n. 21. Sr. Molin. de Primogen. cap. 2. n. 19. Gom. cap. 12. y n. 4. cit. vers. Si vero testator.

(6) Ley 4. §. Toties, ff. de Damn. infect. ley Quod constituto, ff. de Militari testam.

(7) Ley 37. verb. Otrosi decimos tit. 9. Partid. 6. glos. in leg. Quod servus, ff. de Legat. 2.

(8) Morquech. de Division. bonor. lib. 3. cap. 5. n. 12. al 25.

CAPITULO VII.

DE LA SUCCESION EN BIENES LIBRES entre ascendientes, descendientes, y transversales que murieron intestados.

SUMARIO.

§. I.

1. *SUccesion abintestato, ¿si se defiere, ò no à los consanguineos por voluntad presunta del difunto?*

2. *Tres lineas se conceptúan en Derecho para la succesion.*

3. *Al que muere intestado dexando hijos, y otros descendientes legitimos vivos, succeden unicamente los hijos.*

4. 5. *Entre los hijos se comprehenden los postumos, si en ellos concurren quatro circunstancias.*

6. 7. 8. *La succesion de los hijos legitimos à sus ascendientes, se entiende no solo de los nacidos despues de casados sus padres, sino de los legitimados por el subsecuente matrimonio.*

9. 10. *No dexando hijos el difunto, y sí otros descendientes legitimos, le succederán los que estén en grado mas cercano, excepto en un caso.*

11. *Ya sean hijos de un hijo, ò hija premuertos, y vengan solos à la succesion, ò de dos, ò mas, y todos concurran à ella.*

12. *Y quando el difunto dexa uno, ò mas hijos nacidos, ò postumos, y varios nie-*

nietos hijos de otro, ù otros hijos premuertos.

13. 14. *Hijos naturales, pueden succeder abintestato à sus padres en la sexta parte de la herencia, si estos carecen de ascendientes legitimos, y no de otra suerte.*

15. *Lo mismo procede para con los nietos naturales.*

16. *Hijos naturales, son herederos forzosos abintestato de sus madres à falta de legitimos.*

17. al 22. *Hijos naturales, ¿si succederán, ò no abintestato à los parientes naturales de parte de padre, ò madre, ya concurran, ò no parientes legitimos con ellos?*

23. 24. *Hijos espurios, no succeden abintestato à los consanguineos paternos, ni los de dañado ayuntamiento à los hermanos, ni parientes suyos por linea materna.*

25. *Entre los hijos naturales, y espurios, y sus padres, y parientes es reciproca la succesion abintestato, y la obligacion de darse alimentos.*

§. II.

26. 27. *Careciendo los descendientes de hijos, ù otros descendientes legitimos, ù otros que hayan derecho de heredarlos, les succeden abintestato sus legitimos ascendientes.*

28. *El ascendiente solo por una linea, y mas cercano excluye de la herencia à todos los de la otra linea que estén mas remotos.*

29. *Concurriendo à la succesion dos abuelos por una linea, y dos por la otra, partirán igualmente todos la herencia: y si uno solo concurre por una, llevará la mitad, y los otros dos la otra mitad.*

30. *No concurren los hermanos del difunto con sus ascendientes à la division de la herencia.*

31. *La succesion abintestato de los ascendientes à sus descendientes legitimos se entiende en sus bienes libres sin excepcion.*

32. 33. *Aunque no concur-*

cura mas que un ascendiente por una linea, y otro por la otra iguales en grado, no se hará separacion de bienes, excepto en donde haya costumbre.

34. *En siete casos compete al padre el usufructo de los bienes adventicios de su hijo.*

35. *Concurriendo dos, ò mas ascendientes à la succesion abintestato de su descendiente, y teniendo el uno el usufructo de sus bienes, ¿si será, ò no preferido en éste, y lo llevará por toda su vida?*

§. III.

36. *DEben succeder los parientes transversales à su transversal intestado segun la prerrogativa de su grado.*

37. *¿Cómo se han de computar los grados de parentesco para la succesion, y se ha de hacer la cuenta para conocer quál es el pariente mas cercano?*

38. *En la linea transversal no hay grado primero de consanguinidad.*

39. *Entre los ascendientes, y descendientes legitimos há lugar la succesion abintestato hasta lo infinito; y entre los transversales hasta el decimo grado solamente.*

40. 41. *El pariente de mayor qualidad excluye à los que carecen de ella, aunque todos estén en igual grado.*

42. 43. *Esta mayor qualidad no pasa de los primos carnales.*

44. *¿Qué cosa es la representacion? y para que haya lugar entre los transversales, ¿qué debe intervenir?*

45. *Por el derecho representativo se puede pedir, y debe hacer la division: y para inducir la representacion se requieren quatro causas.*

46. *El descendiente representa à su ascendiente legitimo en cinco casos.*

47. *Los hermanos tienen, y se les dan diversos nombres en Derecho.*

48. *Dexando el difunto hermanos enteros, y ningun descendiente, ni ascendien-*

diente, le succederán con igualdad sus hermanos.

49. *Concurriendo hermanos enteros, y sobrinos carnales del difunto, heredarán los hermanos* in capita, *y los sobrinos* in stirpes.

50. 51. 52. *Si por falta de hermanos concurren solamente sobrinos enteros, heredarán todos* in capita, *ya sean muchos, ò pocos.*

53. *Dexando el difunto un hermano, y sobrinos hijos de otro hermano muerto, si el hermano vivo repudiare su parte, teniendo hijos, ¿quién la llevará?*

54. *Si el difunto dexa un tio hermano de su padre, y hijos de un hermano suyo muerto, entrarán estos à la succesion, y no el tio.*

55. *El tio hermano de padre, ò madre del muerto prefiere à los primos de éste, hijos de otro hermano de su padre, ò madre.*

56. *Falleciendo un tio hermano de padre, si dexa sobrinos hijos de un hermano suyo, y un hermano de su abuelo, ò abuela, excluirán à éste los sobrinos del difunto, aunque sean medios.*

57. *Los hermanos enteros del difunto prefieren en la succesion de los bienes de éste à los medios.*

58. *A falta de hermanos enteros, y sus hijos heredan los uterinos, ò consanguineos, aunque el difunto dexe tio hermano de su padre, ò madre, por cuya linea poseía los bienes.*

59. *Los sobrinos hijos de hermano entero del difunto excluyen al medio hermano de éste.*

60. *Dexando el difunto hermanos consanguineos, y uterinos, ¿cómo deberán partir sus bienes, y pagar sus deudas?*

61. *¿Y cómo los hijos de estos hermanos, y los nietos, y demás descendientes de estos, y los tios hermanos de padre, ò madre?*

62. *Faltando ascendientes, descendientes, y los transversales referidos, heredará al difunto su pariente mas cercano hasta el decimo grado.*

63. 64. *Muriendo alguno intestado, ¿qué deberán distribuir por su alma sus herederos, ya sean ascendientes, descendientes, ò transversales?*

65. 66. *Instituyendo el testador por sus herederos à sus hermanos, si unos son enteros, y otros medios, ¿quáles serán admitidos à su herencia?*

67. *Si con modo colectivo instituye à un hermano vivo, y à los hijos de otro hermano muerto, ò à un extraño, y à los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, ¿cómo se entienden instituidos?*

68. 69. *Y si son postumos, y los llamó principalmente, ò substitutiva, ò subrrogativamente, ¿cómo?*

70. *Instituyendo à un hermano, y à los hijos de otro hermano muerto por sus propios nombres, succederán todos* in capita.

71. *Si el testador instituye por herederos à sus hermanos, se entienden instituidos solos, y no los hijos de otro hermano muerto.*

CO-

§. I.

COMO HAN DE SUCCEDER LOS descendientes à sus ascendientes legitimos, è ilegitimos, y à sus parientes, muriendo intestados.

1 DIscrimen, y variedad milíta entre los Autores acerca de si la succesion abintestato se defiere, ò no à los consanguineos por presunta voluntad del difunto. Afirman unos, que por la ficta; otros que por la tacita; y otros que por la presunta. (1) Pero como para el caso lo mismo es la tacita, que la presunta, (2) omito detenerme en la investigacion de este punto puramente teorico, y nada preciso para el Contador, y paso à explicar la materia, que es lo que le importa.

2 De esta succession, y de quántas maneras puede morir intestado el hombre, traté (bien que de paso) en el cap. 1. de mi primera parte §. 20. y de los grados de parentesco natural en el octavo, para que el Escribano se tinturase; y porque puede ocurrirle como Contador hacer particion de bienes de alguno que haya muerto asi, y conviene que sepa quiénes pueden, ò no ser admitidos à su succesion, y cómo se han de dividir entre ellos, procederé en éste con mas extension; y para su instruccion, digo, que en el Derecho se conceptúan tres lineas de succesion: una de descendientes, que son los hijos, nietos, viz-

(1) Menoch. lib. 4. prasumpt. 27. n. 13. y 14.

(2) Bald. Novel. in leg. Cum filio familias n. 4. ff. de Legat. 1. Vasquio de Succes. part. 37. n. 119. Menoch. ibi.

viznietos, y todos los que descienden, y provienen unos de otros como cadena hasta lo infinito: quiero decir, hasta que se extingue la linea de aquel, en quien tuvo principio. Otra de ascendientes, y son padres, abuelos, visabuelos, y demás que retrocediendo suben, y se encuentran hasta Adán, primer progenitor, y padre del linage humano. Y otra de transversales, ò colaterales, que son hermanos, primos, sobrinos, tios, y demás parientes que no ascienden, ni descienden como los de las otras dos lineas; (1) y del modo de succeder en cada una, segun las leyes de estos Reynos de Castilla, trataré ordinalmente en los §§. de este capitulo.

3 Muriendo alguno intestado, y dexando hijos, y otros descendientes legitimos vivos, le succederán solamente los hijos como sus mas inmediatos consanguineos, y causa primera de la succesion, y ningun otro descendiente entrará à heredar, ni partir con ellos su herencia: y asi la dividirán entre sí con igualdad, pues ya estén dentro, ò fuera de la patria potestad, les compete por Derecho Divino, natural, de gentes, y positivo, ò escrito, sin distincion de varones, ni hembras. (2)

4 No solo los hijos vivos, y nacidos deben heredar à

(1) Ley 1. ff. de Grad. ley 1. ff. de Testam. milit. ley 2. tit. 13. Partid. 6. Authent. de Hæredibus abintestat. venientib. collat. 9. y §. 1. Institut. de Grad. Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Recopil. glos. 1. n. 1.

(2) Genes. cap. 13. Levitic. cap. 25. cerca del fin. Apostol. ad Galatas cap. 4. ley Scripto, ff. Unde liberi, ley Nam, & si parentibus, ff. de Inofficios. testament. ley Inter filios, Cod. Familiæ erciscund. ley 1. §. Jus naturale, distinct. 1. cap. Raynutius de Testam. ley 1. & per tot. ff. & Cod. de Suis, & legitim. hæredib. §. In testatorum, & per tot. Institut. de Hæreditat. quæ abintestat. defert. Authent. de Hæredibus, cit. cap. 1. Authent. In successionem, Cod. de Suis, & legitim. liber. ley 3. tit. 13. Partid. 6. ley 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, y ley 6. de Toro.

à sus padres, y succederles ex testamento, y abintestato, sino tambien los postumos, que son los que al tiempo que aquellos fallecen, existen en el vientre de sus madres: y asi para el referido efecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos; (1) y en lo que les es propicio, gozan de las prerrogativas de aquellos, segun sentè en el cap. 1. num. 23. de este libro.

5 Pero para ello han de concurrir copulativamente quatro cosas: La primera, que nazcan enteramente vivos. La segunda, que tengan figura de racionales, y despues de nacidos vivan veinte y quatro horas naturales à lo menos. La tercera, que sean bautizados antes de morir. Y la quarta, que no se dude que son verdaderos hijos de su padre muerto; pues si nacen muertos, ò en todo, ò parte con figura de bruto, y no de racionales, ò no viven el tiempo referido, ò no son bautizados en vida, ò por la ausencia del marido, ò tiempo del casamiento se verifica haber nacido en el que naturalmente no podian vivir, no heredarán à su padre, aunque los haya instituido por sus herederos. (2)

6 La succesion de los hijos à sus ascendientes legitimos se entiende no solo de los que han sido concebidos, y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron antes, y fueron legitimados por el subsecuente matrimonio, por ser tal la virtud, y eficacia de éste, que en el todo los iguala à los referidos sin excepcion. (3)

7 Lo qual procede, aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear,

(1) Ley 1. & per tot. ff. de Liber. & posthum. y ley 20. tit. 1. Partid. 6.

(2) Ley 5. tit. 13. Partid. 4. y ley 2. tit. 8. lib. 5. Recop. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. 6. y 7.

(3) Cap. Tanta, y cap. Lactor, & ibi. Canonistæ, qui filii sint legitimi, y ley 1. verb. Otro si son legitimos tit. 3. Partid. 4.

crear; ò antes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna ya muerta; ò sean hijos de Clerigo de menores Beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella, dexando el Beneficio; ò el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento estén libres uno, y otro, para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen: pues en todos estos casos se legitimarán por el subsecuente matrimonio, y succederán ex testamento, y abintestato à sus legitimos ascendientes. (1)

8 Es tan constante, y veridico lo expuesto, que aunque el muerto tenga padre, ù otros ascendientes, que en su respectiva linea estén en igual grado de parentesco con sus hijos, ò descendientes legitimos, v. g. al modo que el hijo en primer grado en la linea de descendientes, el abuelo en la de ascendientes, no le succederán, ni entrarán à la division de sus bienes, antes bien serán todos para sus hijos: (2) y la razon es, porque el hijo se reputa en Derecho por una persona con su padre muerto, y por él se perpetúa su memoria en él por la parte, y sustancia que de él recibió en su generacion; lo qual de ningun modo se puede considerar en el padre respecto de su difunto hijo, por lo que es, y con justa razon debe ser preferido. (3)

9 No dexando hijos el difunto, y sí nietos, viznietos, ù otros descendientes legitimos, le succederán solamente en sus bienes los que estén en grado mas cercano, y no los demás, v. g. dexa nietos, y viznietos, le heredarán en el

(1) Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 6. ex n. 17. al 24.

(2) Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian. y Authent. In successionem, Cod. de Suis, & legitim. liber.

(3) Ley Liberorum al fin, ff. de Verbor. significat. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. 4.

el todo los nietos como sus mas propinquos, ò inmediatos consanguineos, y los viznietos en nada. (1)

10 Lo qual se entiende, quando nacieron, ò à lo menos fueron concebidos en vida de su abuelo, ò del ascendiente, de cuya succesion se trata, como sucede à los postumos: pues no siendolo, no le succederán, ni se subrrogarán en el lugar de su padre, porque ningun parentesco tienen con él, y asi pasará la herencia à los parientes transversales nacidos, ò concebidos tambien en su vida, y no despues; y no habiendolos, al Fisco: (2) y la razon es, porque donde no hay ente, ò sugeto, no puede haber qualidad, por faltar la materia sobre que ha de recaer la forma: (3) y no existiendo el descendiente *in rerum natura* al tiempo que muere el ascendiente, no puede tener qualidad de parentesco, por la qual se le defiera la succesion à sus bienes. A mas de que debe representar necesariamente al difunto, porque le succede universalmente en todo su derecho, y por razon de la representacion se retrotrae la adiccion, ò aceptacion de su herencia al tiempo de su muerte: (4) y si à éste no está nacido, ni concebido, no puede retrotraerse à él, y en lo que es imposible, no

(1) Ley Posthumorum, ff. de Injusto, Rupto testam. Authent. de Hæredibus capit. 1. y Authent. In successionem citat. §. Posthumorum, Institut. de Exhæredation. liberor. y §. Cum autem, vers. Plane, Institut. de Succession. abintestat. & ibi. DD. Gom. ibi. n. 8.

(2) Ley Si quis filio ex hæredato, vers. Sed hæc ita, ff. de Injust. Rupt. testam. ley 1. §. Sciendum, y leyes 6. 7. y 8. ff. de Suis, & legitim. hæredib. ley 1. §. Si quis proximior, ff. Unde cognati, y §. Cum autem, vers. Plane cit.

(3) Ley Ejus qui in Provincia, vers. Quare, ff de Reb. credit. ley Pomponius, §. fin. ff. de Acquirend. posses. ley Si servum, §. fin ff. d. Action. empt. y ley Nec ullam, §e Si quis absentis, ff. de Petition. hæredit.

(4) Authent. de Jure jurand. à moriente præstit. collat 5. tit. 3. y ley Hæres quamdoque, ff. de Acquirend. hæreditat.

no tiene lugar la ficcion retrotractiva, por faltarle el extremo habil en que afianzarse, y no obrar efecto alguno en las cosas por naturaleza imposibles: (1) y asi para que se le estime heredero, es menester tener presente el tiempo de su nacimiento, ò concepcion en vida del difunto, y articularlo en caso de duda, à fin de acreditarlo, y probarlo, pues no probandolo, no se le estimará por tal.

11 Milita, y procede lo expuesto, no solo quando los nietos, ò descendientes son hijos de un hijo, ò hija premuertos, y vienen solos à la succesion, sino quando lo son de dos, ò mas hijos, y todos concurren à ella; pero con la diferencia, de que siendo hijos de un hijo unico, heredan *in capita*: quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí por cabezas igualmente: y quando lo son de dos, ò mas hijos del muerto, heredarán *in stirpes*, que es, que los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, quarta, ò quinta parte de la herencia, (segun sea el numero de los del difunto premuerto, cuyo lugar ocupan) y la dividirán respectivamente entre sí. Y si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, quatro, ò mas, llevará este unico hijo tanta parte la herencia de su abuelo, quanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira à si son muchos, ò pocos los de cada uno, sino à la persona en cuyo lugar entran, y succeden: y quanto percibiria ésta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ò uno solo, sino dexa mas. (2) Lo

(1) Ley Qui ad certum, ff. Locati, y ley Adoptio enim, ff. de Adoption.

(2) Ley 3. al fin, tit. 13. Partid. 6. ley 2. Cod. de Suis, & legitim. liber. ley Nepotes, ff. de Collation. bonor. ley Papinianus, §. Quoniam autem quarta, al fin, ff. de Inofficios. testam. Authent. In successionem cit. Authent. de Hæredibus, dicho cap. 1. y §. Cum filius, vers. Item si ex duobus, Institut. de Hæreredit. quæ abintestat. defert.

12 Lo propio debe observarse quando el difunto dexa uno, ò mas hijos nacidos, ò postumos, y varios nietos hijos de otro, ù otros hijos premuertos, pues los nietos aunque están en grado mas remoto con él, no son excluidos: y asi succederán à su abuelo con el hijo, ò hijos de éste, que son tios de ellos, pero cada uno de estos llevará tanta parte de herencia, quanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos premuertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de éste, que son los hijos vivos, heredarán *in capita*, y los nietos hijos de cada hijo premuerto *in stirpes*, como que todos entran à ocupar su lugar, y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia, que éste en caso de vivir llevaria: (1) pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion, ni cognacion, y se admite la representacion hasta lo infinito; (2) y el nieto entra en el lugar de su padre, y concurre con su tio, del mismo modo que su padre hermano de éste concurriria, si viviera, (3) excepto en quanto à colacionar quando nada heredó de su padre, pues nada colacionará por las razones expuestas en el cap. 3. num. 26. al 31. de este libro.

13 Aunque los padres careciesen de hijos, y descendientes legitimos, no les succedian abintestato por Derecho antiquisimo (4) los naturales, ni los conocia para este efecto. Despues ya se permitió, que no teniendo el padre

(1) Dicha ley 3. tit. 13. y ley 3. Cod. de Suis, & legitim. liber. Authent. In successionem, y Authent. de Hæredibus cit. cap. 1. vers. In hoc ordine, Authent. de Nuptiis cap. 21. §. Si vero filiorum collat. 4. y §. Cum filius, Institut. cit.

(2) Gom. lib. 1. Var. cap. 1. fin.

(3) Dicho §. Cum filius, & ibi. DD. Bursat. consil. 71. Morquech. de Division. lib. 4. cap. 6 n. 7. al 12.

(4) Ley Humanitatis, Cod. de Natural. liber.

dre muger legitima, le succediesen en dos onzas, que son la sexta parte de la herencia, porque ésta, segun el mismo Derecho, y el de las Partidas, (1) se dividia en doce.

14 Pero hoy pueden succeder en la misma sexta parte, aunque su padre tenga muger legitima, pues esta carece de toda accion para impedirselo, segun lo ordena la ley 9. tit. 13. Partid. 6. ibi: *Las leyes antiguas otorgan, que el padre muriendo sin fijos legitimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doce partes las dos, non dexando él muger legitima, cá si la dexase, embargaria al fijo de guisa que non podria demandarlas. E porque non podimos fallar ninguna razon derecha porque se movieron los que ficieron las leyes, à toller à tal fijo ésta su parte por esta razon de la muger legitima que dexase su padre: por ende tenemos por bien, è mandamos que la haya, è que non se le embargue por esta razon.* Lo qual se entiende, careciendo el padre de ascendientes legitimos, pues si los tiene, excluyen en el todo à los hijos naturales. (2)

15 Lo explicado en orden à succeder los hijos naturales à sus padres, quando fallecen intestados, milita, y procede para con los nietos respecto de sus abuelos; por lo que si el padre premuere al suyo, y éste (que es abuelo de su hijo) fallece despues abintestato, succederá en las dos onzas, ò sexta parte de sus bienes su nieto natural, entrando à ocupar su lugar, y representandole, porque à no

(1) Authent. Licet, Cod. de Natural. liber. Authent. Quibus modis naturales efficiant. sui, cap. 12. §. Si quis autem defunctus collat. 7. Authent. de Triente, & semisse cap. Consideremus, vers. Nunc enim, collat. 3. y ley 9. tit. 13. Partid. 6.

(2) Gom. en la ley 9. de Toro n. 4. al fin. Matienz. en la 11. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 5. n. 1.

no haber premuerto, le succederia en ellas: (1) pues para lo propicio en el nombre generico de hijos se comprehenden los nietos. (2)

16 De la madre son herederos forzosos abintestato los hijos naturales à falta de legitimos, aunque tenga legitimos ascendientes, porque es conocida, y no se duda de ella, segun se prueba de la ley 9. de Toro, que es la 7. tit. 8. lib. 5. Recop. y en su segunda parte dice: *Y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legitimos, aunque tenga padre, ò madre, ò ascendientes legitimos, mandamos que el hijo, ò hijos, ò descendientes que tuviere naturales, ò espurios, por su orden, y grado le sean herederos legitimos ex testamento, y abintestato.* En quanto à los demás ilegitimos, y espurios, vease lo explicado en el cap. 1. de este libro §. 3. à donde remito al Contador.

17 Pero se dificulta, ¿si los hijos naturales, y espurios succederán abintestato à los consanguineos, ò parientes naturales, ò espurios de su padre, ò madre? Y en quanto à los naturales está la solucion en la ley fin. tit. 13. Partid. 6. cuyo contexto es: *Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben haber todo lo suyo: è si otros hermanos obiere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: è esto es, porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre*

(1) Bald. y Salicet. en la ley fin. Cod. de Natural. liber. Jason en la Hæreditas, n. 8. Cod. de His quibus ut indignis. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 4. n. 10. Cras. in §. de Succession. abintestat. quæst. 18. n. 3. Sr. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Partid. 6. glos. 2. verb. Tal fijo.

(2) Bart. y Salicet. in leg. Liberorum, ff. de Verbor. significat. Bald. in leg. Maximum vitium, col. 3. y 4. Cod. de Liber. præterit.

dre son ciertos, è los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriese sin testamento, obiese hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente, è non obiese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos à tales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes: fueras ende si el que asi muriese, obiese hermano natural, è legitimo de parte de su padre, cá estonce éste há mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosi decimos, que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre: mas de los otros parientes què les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes.

18 De suerte, que muerto abintestato el hijo natural sin succesion, si dexa dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural, y el otro legitimo, preferirá éste à aquel. Si el hijo natural es solo, succederá en el todo à su hermano tambien natural. Dexando un hijo natural de parte de madre tan solamente, y otro natural, ò legitimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre al natural, y al legitimo de parte de padre. Y à falta de hijos legitimo, y natural de parte de padre, ningun otro pariente heredará al natural. (1)

19 Si muriere abintestato el hijo natural, dexando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerrogativa de su grado: y por consiguiente si estos fallecieren sin succesion legitima, los heredará como si fuera legitimo, porque por parte de la madre son verdadera, è indubitadamente consanguineos por la certidumbre

(1) Gom. en la citada ley 9. de Toro n. 46. y 47.

bre del parto, como lo dicen la ley inserta al fin. verb. *Mas de los otros parientes* :: y otras. (1)

20 Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren, dexando cada uno un hijo legitimo, ò natural, y despues muriere abintestato sin succesion uno de estos primos, le heredará el otro superstite, y será preferido à todos los demás cognados mas remotos, aunque sean legitimos, porque entre ellos hay cognacion proxima: y asi deben succeder segun la inmediacion de parentesco, y prerrogativa de grado, como se prueba de los finales periodos de la inserta ley.

21 Falleciendo intestado sin succession el hijo natural por parte materna, si dexase dos hermanos, uno natural, y otro de legitimo matrimonio de la propia madre, no preferirán uno al otro, antes bien concurrirán ambos, y le heredarán con igualdad, porque están en igual grado, pues la ley 9. de Toro habla, y se debe entender quando se trata de succeder à la madre, en cuyo caso el legitimo prefiere al natural: mas no quando se trata de succederse los legitimos, y naturales entre sí; por lo que se ha de estar à la disposicion del Derecho comun, como no corregido, ni derogado en esta parte, que ordena que no sea preferido el hijo legitimo al natural en la succesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y asi concurrirán ambos. (2)

Y

(1) Ley Hac parte, ff. Unde cognati, vers. Item ipsi fratres, ley Spurius, ff. eod. tit. y §. Vulgo quæsitos, Institut. de Succession. cognator. Angel. in §. Novissime ad orphic. col. 1. n. 3. Gom. en dicha ley 9. de Toro n. 48. Sr. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. col. penult.

(2) Gom. dicho n. 48. vers. Dubium tamen est. Avendañ. en la ley 9. de Toro glos. 2. n. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. n. 4.

22 Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento, ni descendientes legitimos, dexando dos hermanos, uno hijo natural de su padre, y madre, ò *utrinque conjuncto*, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero por la doble conjuncion, y qualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal, como mas conjunto, (1) al modo que para con los hermanos legitimos *ex utroque latere* está dispuesto en Derecho, segun diré en el §. 3. num. 40. y 57. de este capitulo.

23 Los espurios, de qualquiera clase que sean, no succederán abintestato à los parientes de su padre, ni estos à ellos, porque por la maxima incertidumbre de la filiacion, y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion, ni cognacion entre ellos, como se prueba claramente de la ley 4. ff. *Unde cognati*, que dice: *Si spurius abintestato decesserit, jure consanguinitatis, aut agnationis hæreditas ejus ad nullum pertinet, quia consanguinitatis, itemque agnationis jura à patre oriuntur.* Y del capitulo *Vulgo quæsitos* Institut. *de Succes. cognator.* cuyo contexto es: *Vulgo quæsitos nullos habere agnatos manifestum est, cum agnatio à patre sit, cognatio à matre: hi autem habere nullum intelligitur.* (2)

24 Asimismo no succederán los espurios de dañado ayuntamiento à los hermanos, ni parientes suyos por linea materna, porque si no succeden à su madre, ni ésta à ellos, tampoco deben succeder à sus parientes por su linea, ni estos à ellos, pues por parte de la madre todos sus hijos (à excepcion de los de legitimo matrimonio, y naturales) son nacidos de raiz infecta, de la qual no puede

(1) Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. n. 10. Sr. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. Partid. 6. glos. 6. Gom. en dicha ley 9. n. 49.

(2) Gom. ibi. dicho n. 46.

de salir rama, ni fruto bueno, y sazonado: por cuya razon serán excluidos. (1)

25 Entre los hijos naturales, y espurios, y sus padres, y parientes son reciprocas la succesion abintestato, y la obligacion de dar alimentos: y asi se debe guardar igualdad, de modo, que en todos los casos en que los hijos pueden succeder à sus padres, y parientes, y deben ser alimentados por ellos, en todos pueden succeder estos à los hijos: y por el contrario, en los en que está prohibida la succesion para aquellos, lo está tambien para estos, como se prueba de la ley final, Cod. *de Legitim. hæredib.* ibi: *Ut quemadmodum ipsis à legitimis personis succeditur, ita, & ipsæ legitimarum personarum amplectantur successionem*, y de otras, (2) cuya reciproca succesion parece procede, aun respecto del padre, que sabia el impedimento del matrimonio, si la madre lo ignoraba: porque al modo que el hijo es legitimo succesor del padre por la ignorancia, y buena fé de su madre, del mismo modo le debe succeder su padre, porque no puede ser legitimo en parte, y en parte no; (3) bien que algunos dicen lo contrario por la mala fé del padre, que lexos de darle titulo para heredar, le priva de él. (4) *CO-*

(1) Arg. leg. Maximum vitium, Cod. de Liber. præterit. & in leg. fin. Cod. de Nupt. & in Authent. de Hæredibus abintestat. cap. Si igitur defunctus neque, vers. Ex diverso, collat. 9. Gom. ibi. n. 50. vers. Sed teneo. Cifuentes en dicha ley 9. de Toro n. 2. Tello en ella n. 34. vers. Ex ultimis verbis. Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 8. Acost. in cap. Si pater verb. Omnia n. 13. de Testam. in 6.

(2) Ley 8. al fin. tit. 13. Partid. 6. ley Lege duodecim Tabullarum, y ley Si ab eo, Cod. de Legitim. hæredib. Gom. en la 9. de Toro n. 8. y 50. vers. Unum tamen. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 6. n. 62. Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 4. n. fin.

(3) Glos. in cap. Cum inhibitio, §. Si quis vero, verb. Si avo, de Clandestin. desponsat. & ibi. Butr. Præposit. Alex. y Henriq. Avendañ. en la 6. de Toro glos. 1. n. 6. Morquech. ibi. n. 64.

(4) Tell. en dicha ley 6. de Toro n. 7. 8. y 9. Matienz. en la 1. glos. 1. al fin dicho tit. 8. lib. 5.

§. II.

COMO DEBEN HEREDAR LOS ascendientes legitimos à sus descendientes que murieron intestados.

26 LA segunda linea de succesion de las tres que dexo referidas en el num. 2. de este capitulo, es la de ascendientes, en la qual se incluyen todos los que suben rectamente, al modo que en la de descendientes los que descienden, ò baxan. Digo pues, (no haciendo merito de lo dispuesto por Derecho comun, que en esta parte es de ningun momento en estos Reynos, y arreglandome al nuestro) que los ascendientes deben succeder, y succeden por derecho hereditario, no solo ex testamento, segun queda sentado en el cap. 4. de este libro, sino abintestato, à sus descendientes legitimos por su orden, y linea derecha, del mismo modo que estos à ellos, en el solo caso de que los descendientes carezcan de hijos, ò descendientes legitimos, ù otros que hayan derecho de heredarles. Asi se prueba de la ley 6. de Toro, que es la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. y en su primera parte dice: *Los ascendientes legitimos por su orden, y linea derecha succedan ex testamento, & abintestato à sus descendientes, y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes à ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ò descendientes legitimos, ò que hayan derecho de los heredar*; y tambien se prueba de la 4. tit. 13. Partid. 6. ibi: *Que estonce el padre, è la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo.*

Lo

27 Lo qual se entiende, ya los hijos estén en su poder, ò emancipados, y los ascendientes sean varones, ò hembras, pocos, ò muchos, con tal que tengan igual grado de parentesco con el difunto, v. g. que todos sean padres, ò abuelos, ò visabuelos, &c. pues el que esté mas remoto, no entrará à la succesion con los inmediatos; por lo que si dexa padres, y abuelos, llevarán la herencia integra por mitad los padres, y no los abuelos: si abuelos, y visabuelos, la llevarán los abuelos, y no serán admitidos los visabuelos, ni ningun otro ascendiente de grado ulterior: y asi en los demás, observando siempre la prerrogativa del grado, y proximidad de parentesco, y no la representacion, pues entre los ascendientes no la hay, ni la conoce el Derecho: (1) y la razon es, porque la representacion es à imitacion de la naturaleza, segun la qual se comunica à los hijos la porcion del padre por la natural generacion: (2) y como à los ascendientes es imposible esta comunicacion natural de sus descendientes, por eso no la admite el Derecho, pues el arte imita à la naturaleza. (3)

28 Y si el descendiente no dexa mas que un ascendiente por una linea, v. g. padre solo, y por la otra abuelo, ò abuela, parece que estos excluirán al padre, y entrarán à succeder à su nieto, representando à la madre premuerta; pero no sucedera asi, pues el ascendiente mas

(1) Ley 4. tit. 13. Partid. 6. y ley 6. de Toro, Authent. de Hæredibus abintest. venientib. cap. Si igitur defunctus, vers. Si autem plurimi collat. 9. y Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian.

(2) Arg. leg. Liberorum al fin, ff. de Verbor. significat. & in leg. Lege duodecim Tabullarum, Cod. de Legitim. hæredib.

(3) Ley Adoptio 1. ff. de Adoption. Salicet. in Authent. Defuncto col. 1. al fin. & in Authent. Post fratres autem 1. al fin, Cod. de Legitim. hæredib. Gom. en la 6. de Toro n. 5. y 6. Tell. en ella n. 16. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 12. y 13.

mas cercano por una linea, llevará toda la herencia que por ambas poseía el descendiente muerto, y los de la otra que estén mas distantes, nada percibirán, porque como queda expuesto, no hay representacion, ni subrrogacion en esta linea, como en la de descendientes, ni se atiende, ni observa mas que la proximidad de grado de parentesco; por lo que si no hay mas que uno de la una, y es mas cercano, excluye à los de ambas, que estén mas distantes. (1)

29 Concurriendo à la succesion dos abuelos por una linea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos quatro, y heredarán *in stirpes*, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad, que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad. Pero si concurren solamente uno por una linea, y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará *in capita*, llevandose la mitad, y los dos *in stirpes*, percibiendo la otra mitad, y dividiendola igualmente entre sí, como lo dicen la ley 4. tit. 13. Partid. 6. ibi: *E si por aventura de parte de su padre, ò de su madre obiere un abuelo solo, è de la otra dos, estonce aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, è los dos que fuesen de la otra parte, la otra meitad*, y otros textos. (2) Y lo mismo se entiende para con los ulteriores ascendientes.

30 Aunque el difunto dexe hermanos, ò sobrinos hijos de estos, no concurrirán con los abuelos, ni demás ascendientes à la division de la herencia, ni habrán parte en

(1) Ley 4. tit. 13. Partid. 6. Gom. ibi. n. 6. y 7. Avendañ. en dicha ley 6. de Toro glos. 2. n. 2. Palac. Rub. en ella n. 9. Tello dicho n. 16. Sr. Covar. in Epitom. succes. abintestat. n. 3. Matienz. en dicha ley 1. glos. 2. n. 2. y 3. y glos. 3. n. 12. y 13. cit.

(2) Authent. de Hæredibus, cit. cap. Si igitur defunctus, vers. Si autem plurimi, y Authent. Defuncto, Cod. ad Tertyllian.

en ella, porque están en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7. de Toro, que es la 4. tit. 8. lib. 5. Recop. y dice: *El hermano para heredar abintestato à su hermano, no pueda concurrir con los padres, ò ascendientes del difunto*, la qual en esta parte corrige la de Partida inserta, y las dos Autenticas citadas, que lo permitian: pues con la linea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y mas distante en el grado.

31 La succesion abintestato de los ascendientes à sus legitimos descendientes, se entiende, no solo en los bienes adventicios que dexen, sino en todos los demás libres, aunque sean *castrenses*, *quasicastrenses*, ò ganados *intuitu Ecclesiæ*, que es por Dignidad, renta, ò Beneficio Eclesiastico, pues no debe haber diferencia, ni separacion, ni el Derecho distingue, antes bien comprehende todas las clases, como se prueba de la misma ley 6. de Toro, ibi: *De qualquier calidad que sean*:: y de la 4. tit. 13. Partid. 6. que dice: *Que estonce el padre, è la madre deben heredar egualmente todos los bienes de su fijo*, lo qual es corriente, (1) y se ha executoriado aqui repetidas veces, asi abintestato, como ex testamento.

32 Si por una linea concurre un ascendiente, y otro por la otra, y ambos en igual grado, parece que se deberá hacer distincion, y separacion de bienes; quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta linea poseía el nieto, ò descendiente, de cuya succesion se trata: y el materno los de ésta. Pero no será asi, pues ambos partirán indistintamente todos los que por entrambas, y por otra qualquiera razon gozaba, sin diferencia de que sean adquiridos por una, ù otra, ò

(1) Matienz. en la ley 13. tit. Divis. lib. 4. cap. 4. n. 21. al 23. & lib. 5. glos. 4. n. 4. Morquech. de

ò castrenses, casi castrenses, ò de otra clase: (1) y la razon es, porque despues que los bienes están unidos, è incorporados en el patrimonio de alguno, se confunden, y pierden el nombre: por lo que no se admite distincion, ni separacion de ellos, sino en los casos expresos en Derecho. (2)

33 Lo qual milita, y procede, excepto en los Pueblos en donde hay costumbre contraria, ò se observa la ley 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, pues entonces cada ascendiente llevará los que por su linea disfrutaba el descendiente intestado, probandose la costumbre, ò estar en uso dicha ley, como lo dispone la referida 6. de Toro al fin. ibi: *Salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, dó segun el fuero de la tierra acostumbran tornar los bienes al tronco, ò la raiz à la raiz*, y dexo explicado en el cap. 4. §. 3. de este libro.

34 Queda sentado, que quando concurren dos, ò mas ascendientes de igual grado, partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda, ¿si en caso de tener el padre, ò el abuelo el usufructo de sus bienes, serán, ò no preferidos à los demás? Para lo qual es de presuponer, que al padre compete por Derecho antiguo el usufructo de los bienes adventicios de sus hijos existentes en su poder, con obligacion de defenderlos en juicio, y fuera de él, en siete casos: El primero, aunque el

(1) Castill. en la ley 6. de Toro glos. 1. Gom. en ella n. 10. vers. Sed his non obstantibus. Sr. Greg. Lop. en la ley 4. tit. 13. Partid. 6. glos. 2. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 7. y glos. 5. n. 1. Cuman. consil. 21. Corn. consil. 94. lib. 1. consil. 7. lib. 3. y consil. 164. lib. 4.

(2) Arg. leg. 1. §. Præterea, ff. de Separat. ley Sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley ult. al fin, Cod. de Inofficios. testam. y ley Ejus qui in Provincia, §. fin. ff. de Reb. credit. si cert. petat.

el hijo pase à segundas nupcias. (1) El segundo, aunque esté lexos de su padre, pues la distancia de Pueblos no le quita el derecho de la patria potestad. (2) El tercero, aunque el hijo sea viejo. (3) El quarto, en el usufructo que alguno dexó al hijo, pues la comodidad toca à su padre, por cuya muerte, y no antes gozará de él el hijo; (4) excepto que prohiba que el padre lo disfrute, pues entonces todo será para su hijo, y nada para él. (5) El quinto, aunque el padre ignore que tiene tal hijo, ò crea que está muerto. (6) El sexto, en los bienes de mayorazgo que vienen al hijo por linea materna, no obstante que se haya erigido con Real permiso. (7) Y el septimo, aunque el hijo se muera, pues no por eso pierde su padre el usufructo. (8)

35 Supuesto lo referido, digo, que si concurren dos, ò mas ascendientes à la succesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida: y la razon es, porque al modo que por muerte de qualquiera extraño propietario no se extingue, ni acaba el usufructo,

(1) Ley 5. tit. 17. Partid. 4. y leyes 1. y ultim. Cod. de Bonis matern. y ley Cum oportet, Cod. de Bonis quæ liberis.

(2) Ley Pomponius, al princip. ff. de Procurator. ley Cum filius, ff. de Rebus credit. si certum petat. ley Si longius, §. filius, ff. de Judic. ley Si pater, Cod. de Institution. & substitution. subcondition. fact. y ley final, ff. de Conditionib. institution.

(3) Glos. in leg. fin. §. Pupilus, ff. de Verbor. obligation.

(4) Ley ultim. ff. de Usufruct. Gom. en la 48. de Toro n. 2.

(5) Authent. Excipitur, Cod. de Bonis quæ liberis, & ibi. glos.

(6) Ley Uxorem, ff. de Manumis. testament. ley 2. & ibi. DD. Cod. de Pact.

(7) Rodrig. Suar. in Quæst. majorat. Gom. en dicha ley 48. n. 3. y 4. Sr. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 17. Partid. 4. glos. penult.

(8) Ley final, vers. penult. Cod. ad Trebellian. ley Sancimus al fin, Cod. Communia de Succession. y ley Quod 3. Cod. de Bonis quæ liberis. Gom. ibi. n. 5. Matienz. en la ley 9. tit. 1. lib. 5. glos. 1.

to, (1) tampoco por la del hijo se extingue el que su padre, ò abuelo tienen adquirido en sus bienes. (2) Bien que hoy, mediante la disposicion de las leyes 47. y 48. de Toro, por las quales el hijo casado, y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyos los frutos de sus bienes, sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto: acerca de lo qual vease à *Gom.* en la ley 6. de Toro num. 11. y 12. y en la 48. à *Avendañ.* en aquella glos. 6. n. 2. y à *Matienz.* en la 1. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 1. al 21. pues al Contador no le incumbe.

§. III.

COMO DEBEN SUCCEDER LOS parientes transversales à los suyos que murieron intestados; qué deberán distribuir por su alma: y si por la regla del abintestato se graduarán en caso de duda los instituidos ex testamento.

36 DE las tres lineas propuestas en el num. 2. que tienen derecho à succeder abintestato, es la ultima la de transversales, ò colaterales. Y para que el Contador se instruya de esta materia, no de todos entendida por la variedad de legales disposiciones que acerca de ella versan, presupongo lo primero, que los parientes trans-

(1) Ley Si patri 3. §. 1. Cod. de Usufruct.

(2) Ley final, vers. Sin vero defuncta persona, Cod. ad Tertyllian. Pinel. in leg. 1. n. 39. Cod. de Bonis matern. Matienz. en la ley 9. tit. 1. glos. cit. y en la 1. tit. 8. glos. 3. n. 18. Gom. en la 6. de Toro n. 11.

transversales deben succeder à su transversal difunto que murió intestado, segun la prerrogativa, y proximidad de grado con él; por lo que el que al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dexó: (1) y si hay muchos en un mismo grado, y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion, ni cognacion, pues no hay preferencia, ni diferencia entre las lineas masculina, y femenina para este efecto, como por Derecho comun antiguo la habia, en lo qual está derogado: y asi la hembra proxima excluye al varon remoto. (2)

37 Lo segundo, que los grados de parentesco respecto de la succesion se han de computar segun la forma, y modo inducido por Derecho Civil, y no por el Canonico: (3) y así para conocer quál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta, principiando desde el colateral que quiere succeder, y ascendiendo hasta el padre, ò ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto, de cuya succesion se trata; de lo qual se puede enterar el Contador por el arbol genealogico puesto en el cap. 8. de mi primera parte, y su explicacion, num. 25. y siguientes.

38 Lo tercero, que sin embargo de que entre los colaterales

(1) Ley 2. §. Hæreditas, ff. de Suis, & legitim. hæredib. ley Juris consultus, & quasi tot. tit. ff. de Gradib. ley 1. §. Proximus, ff. Unde cognati, ley Quotiens utriusque, ff. de Regul. jur. y §. 1. §. Proximus, y §. Si plures, Institut. de Legit. agnat. succes.

(2) Authent. de Hæredibus cit. cap. Nullam vero, & ibi. DD. Sr. Covar. in Epitom. succes. n. 11. Matienz. en la ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 4. y 5. Gom. en la 8. de Toro n. 2. y 3.

(3) Antunez Portugal de Donation. reg. part. 3. cap. 19. n. 44. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. §. 6. n. 8. Guerreir. de Division lib. 4. cap. 7. n. 7.

laterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para succederse, y se succeden igualmente, (1) pero no están en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta linea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza à contar desde éste para la succesion, y saber en quál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado. (2)

39 Lo quarto, que entre los ascendientes, y descendientes legitimos há lugar la succesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; (3) pero no sucede asi entre los colaterales, pues lexos de ampliarse, se coarta, y limíta hasta el decimo grado: de modo, que desde éste en adelante, sin embargo de que se encuentren parientes, no tienen derecho à heredar los bienes libres del que murió intestado, antes bien recaen en el Fisco. (4)

40 Lo quinto, que aunque en esta linea son admitidos igualmente los parientes que están en un mismo grado, como queda sentado; no obstante, si en alguno de ellos concurre, ò interviene doble conjuncion, ò qualidad mayor que en los demás, será preferido, sin embargo de que todos se hallen en el propio grado, v. g. quando el difunto dexa hermanos enteros, y medios: pues los enteros entrarán à succeder, y llevarán toda su herencia, y los

(1) Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæredib. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succes. y ley 5. tit. 13. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. fin.

(2) Ley 1. §. 1. y ley Juris consultus 10. §. Sunt, & y §. Nam quod, ff. de Gradib. y §. Secundo gradu. Institut. eod. tit. Matienz. ubi proxime. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 6. Partid. 4.

(3) Authent. de Hæredibus cit. cap. 1. y cap. Si igitur defunctus descendentes, y §. Intestatorum, Institut. de Hæreditat. quæ abintestat. defert.

(4) Ley 6. tit. 13. Partid. 6. cerca del fin. Sr. Covar. ubi supr. n. 21. Matienz. ibi. n. 2. Gom. en dicha ley 8. de Toro n. 5.

los medios nada. (1)

41 Lo mismo procede, si el difunto dexa sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero, y el otro medio: pues los del entero, ò *utrimque conjunctos*, representando à su padre, le heredarán, y preferirán à sus primos hijos de su medio tio: (2) è igualmente preferirán à éste, no obstante estar en grado mas cercano, porque succeden por representacion de su padre, que si viviera, lo excluiria, como se prueba de la Autentica *Cessante* vers. fin. Cod. *de Legitim. hæredib.* que dice: *Et quidem prædicti fratris filius, & si in tertio gradu sit, præfertur fratribus defuncti, qui ex uno tantum parente cognati sunt*, y de otros textos. (3)

42 Pero es de advertir, y tener presente, que esta mayor qualidad de conjuncion se estiende unicamente à los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los quales representando las personas de su padre, ò madre, y ocupando su lugar preferirán à su tio, ya sea uterino, ò consanguineo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplía à otros parientes ulteriores; por lo que si alguno muere abintestato sin dexar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hijos de estos, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, y otro tio hermano uterino de éste: ò por el contrario uno en-

(1) Dicha Authent. de Hæredibus cap. Si igitur defunctus neque, Authent. de Consanguineis, & uterinis, cap. Quia vero, §. Vult autem, collat. 6. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succession. y ley 5. tit. 13. Partid. 6.

(2) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. Sr. Covar. in Epitom. succes. n. 7. Gom. Arias en la ley 8. de Toro n. 14. y 19. Tello en ella n. 4. y 5. y Gom. n. 7. vers. Imo quod magis est. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 7.

(3) Authent. de Hæredibus, y cap. Si igitur cit. Authent. Post fratres, Cod. de Legitim. hæredib. y dicha ley 5. tit. 13. Partid. 6. verb. *E sobre todo decimos*, hasta el fin.

entero, y otro consanguineo, no será preferido el entero, antes bien ambos serán admitidos igualmente à la succesion, por estar en igual grado, y no considerarse, ni estimarse la qualidad, y prerrogativa de doble conjuncion fuera de los hermanos, y sus hijos. (1)

43 Lo propio milíta por la misma razon, si à la succesion concurren hijos de hijos de hermanos, pues succederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero. O si el difunto dexa muchos primos hijos de varios hermanos de su padre, que están en quarto grado; pues no obstante, que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero, y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y no se atenderá à si son *ex utroque latere*, ò *ex uno tantum*, sino solamente à que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá, si son hijos de sus propios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores, ò mas distantes. (2)

44 Lo sexto, que la representacion es un derecho, en virtud del qual los descendientes son llamados à la succesion de sus ascendientes hasta lo infinito, para entrar à ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato

(1) Authent. Cessante, vers. Et quidem prædicti fratres, Cod. de Legitim. hæredib. Authent. de Hæredibus, y cap. Si igitur cit. vers. Unde consequens, y Authent. 1. Post fratres, Cod. de Legitim. hæredib. y dicha ley 5. al fin. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 1. Tello en la 8. de Toro n. 4. Gom. en ella n. 8. y Avendañ. glos. 2. n. 2. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 8. Sr. Covar. in Epitom. succes. n. 9.

(2) Jacob. de Velláp. in Authent. de Hæredibus cit. §. Si vero neque, quæst. penult. Paul. de Castr. in Authent. 1. Post fratres n. 4. Corn. ibi. col. 1. Bart. in leg. 2. §. Legitima, ff. de Suis, & legitim. hæredib. Gom. dicho n. 8. vers. Et ideo. Sr. Covar. y Matienz. ibi. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 7. n. 2. al 4.

to percibiria del suyo, si viviera; pero los transversales lo son unicamente hasta el tercer grado de su transversal, (1) por lo que en la linea de los ascendientes no se admite, ni há lugar: y para que lo haya en los transversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa, è indispensablemente con ellos algun tio de igual qualidad de conjuncion, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza, y concluye, sin pasar mas adelante. (2) Lo qual se entiende à falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere, se observará.

45 Lo septimo, que por el derecho representativo se puede pedir, y debe hacer la division; (3) y para inducir la representacion se requieren quatro causas, que son: *proxima*, *remota*, *impulsiva*, *y final*. Se llama proxima, y lo es la ley, ò la voluntad del testador. (4) Remota aquella, por la qual el hijo se juzga una persona con su padre. (5) Impulsiva, para que el hijo como parte del cuerpo de su padre éntre en su lugar, y lo ocupe; y ya que tuvo el dolor de perderlo, no experimente el de no succeder en aquello, en que si viviera, succederia. (6) Y fi-

(1) Robles de Repræsent. lib. 1. cap. 3. n. 2. Sous. in leg. Fœminæ, ff. de Regul. jur. ex n. 197. al 295. Guerreir. de Divis. lib. 4. cap. 6. n. 1.

(2) Authent. Cessante, y Authent. Post fratres 1. y 2. cit. y Authent. de Hæredibus, cap. Si igitur defunctus neque, vers. Si autem defuncto patre, ley 5. al princip. tit. 13. Partid. 6. y ley 241. del Estilo.

(3) Genes. cap. 11. vers. 27. y 28. cap. 12. vers. 4. y cap. 13. al fin. y §. Cum filius, Institut. de Hæreditat. quæ abintestat. defert. Guerreir. dicho lib. 4. y cap. 6. n. 2.

(4) Robles de Repræsentat. cap. 5. ex n. 1. al 18.

(5) Valasc. de Justa aclamat. part. 2. punt. 1. §. 6. n. 25. y 21. Robles cap. 6. ex n. 1. al 25. Guer. ibi. n. 5.

(6) Ley unica al fin, Cod. de Iis, qui ante apert. tabul. y §. 1. Institut. de Senat. consult. Tertyllian. Robl. cap. 6. n. 1. al 25. Guerreir. ibi. n. 6. y 7.

final, para guardar igualdad respecto del tronco. (1)

46 Lo octavo, que el hijo, ò descendiente representa à su padre, ò ascendiente legitimo en cinco casos: El primero, en la succesion de su padre natural, y carnal. (2) El segundo, quando se trata de la succesion del abuelo; (3) pero esto es en quanto entra à ocupar el lugar de su padre, succediendo por su propio derecho, y persona, y no por la de éste, porque se halla el primero en grado, como expliqué en el cap. 3. de este libro n. 26. El tercero, en la del feudo. (4) El quarto, en la succesion de el Reyno. (5) Y el quinto, en la del mayorazgo. (6)

47 Y lo nono, y ultimo, que los hermanos tienen diversos nombres en Derecho: unos se llaman *germanos*, ò *utrinque conjuncti*, ò *ex utroque latere*, que son los que llamamos hermanos enteros, por ser hijos de un mismo padre, y madre. Otros *consanguineos*, ò *paternos*, y son los de un padre, y de diversas madres. Otros *uterinos*, ò *maternos*, y son los de una propia madre, porque estuvieron en su vientre, y los engendraron distintos padres. Y otros *ex uno latere*, que son los medios hermanos, ya sea por consanguinidad, ò uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ò paridos por diversas madres, y engendrados por un solo padre.

48 Cerciorado el Contador partidor de todo lo explicado para la inteligencia de la succesion transversal, resta

(1) Novel. 118. cap. 1. y §. Robles ibi. Guerreir. ibi. n. 8.
(2) Authent. Cessante, cit.
(3) §. Cum filius, Institut. de Hæredib. abintestat. venientib.
(4) Cap. His vero deficientib. de Gradibus succession. in feud. Valasc. de Jure emphiteut. quæst. 50. n. 1.
(5) Ley 2. tit. 15. Partid. 2.
(6) Ley 40. de Toro, & ibi, Glosator. Spino de Testam. glos. 1. princip. n. 46. y 47.

ta individualizarle varios casos, à fin de que se perfeccione en ella, y no dude, ni tenga necesidad de preguntar. Y en su exposicion, digo, que en los Lugares de estos Reynos, en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los intestados buelvan al tronco, y la raiz à la raz: si el difunto tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente, ni descendiente le succederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones, ò hembras, ò de ambas clases, pues no se atiende à la qualidad de la agnacion, ò cognacion, ni prefiere una à la otra, (1) como queda sentado.

49 Si dexa un hermano entero, ò mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano, ò hermanos tambien enteros, heredarán *in capita* los hermanos: y los sobrinos representando à sus padres muertos, *in stirpem*, quiero decir, que se hará la cuenta de quántos hermanos son entre vivos, y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia, como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte que tocaria à sus respectivos padres, y estos llevarian, si vivieran, pues los representan, entran en su lugar, y lo ocupan. (2)

50 Sino tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos, ò mas hermanos enteros premuertos, heredarán *in capita*, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion, ni cognacion, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Partid. 6. que dice: *Mas si este que muriese sin testamento non habiendo ascendientes, nin*

(1) Authent. de Hæredib. cit. cap. Nullam vero. Authent. Itaque, Cod. Communia de Succession. Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæredib. y ley 5. tit. 13. Partid. 6.

(2) Authent. Cessante, y ley 5. cit. y ley 8. de Toro, que es la 5. tit. 8. lib. 5. Recop.

nin descendientes, obiese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ò de su madre, è fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, è partirlos han entre sí por cabezas egualmente.

51 La disposicion de esta ley, y de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse quando los sobrinos hijos de cada hermano son iguales en numero, y no quando son desiguales, v. g. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres, ò mas, &c. pues como que le representan los de cada uno, heredarán *in stirpes*, que es solamente la parte que si viviera llevaria. Sobre lo qual hay diversidad de dictamenes, por no distinguir las dos leyes citadas, ni la octava de Toro, que dice: *Mandamos que succedan los sobrinos con los tios abintestato à sus tios* in stirpem, *y no* in capita.

52 Pero el que debe seguirse, es: que ya sean muchos, ò pocos, è iguales, ò desiguales en numero, deben succeder à su tio *in capita*: Lo primero, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y quando no distinguen, no debemos distinguir. Lo segundo, porque la octava de Toro no habla de este caso, sino de quando concurren los sobrinos con los tios, y asi no es correctoria de ellas. Y lo tercero, porque todos los sobrinos están en igual grado; y aunque entran por representacion à heredar à su tio muerto, esto es, quando está vivo algun hermano de éste, que tambien concurre à heredar, y les sirve de forma, y causa para que tenga lugar la representacion, y que no sean exclusos, y asi solo en este caso le tiene, y en él se extingue; mas no quando son solos, pues entonces no tienen à quien representar, porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran à heredar por su propio derecho, como parientes mas cer-

ca-

canos, que están en igual grado; (1) y es lo que como justo se observa.

53 Y si concurriendo hermano del muerto, y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia, y tuviere hijos, no se acrecerá ésta à sus sobrinos hijos del otro hermano muerto, antes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos hijos de sus dos hermanos, como se prueba de la ley final, vers. *Successionis*, Cod. *de Legitim. hæredib.* que dice: *Successionis videlicet jure, & in hac parte servando, ut siqui ex secundo gradu vocati renuntiaverint hæreditati, & noluerint eam adire, nullusque alius sit in secundo gradu, qui succedere ei potest, & nullus sit qui succedere velit, tunc hi, quos præsente lege enumeravimus ex tertio gradu in locum recusantium succedant, illo etiam observando, ut successio non in stirpes, sed in capita dividatur*: y la razon es, porque los hijos del repudiante, y los del otro hermano están en igual grado, ò lugar, y entran por su propio derecho como parientes mas inmediatos, y no por el de sus padres, y asi se conceptúa al repudiante para este caso, como si no existiera, y à sus hijos como à los del otro hermano muerto: y por esta razon, y por las expuestas en el numero inmediato heredarán todos *in capita*, y no *in stirpes*. (2)

Mu-

(1) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 3. Castill. en la 8. de Toro glos. 1. Cifuent. en ella n. 4. Tell. n. 3. Avendañ. glos. 1. Gom. Arias n. 3. y 4. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 14. y 15. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 7. n. 22. Señor Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 7. n. 21. y 22.

(2) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 2. Si. Covar. in Epitome success. vers. Decima conclusio. Matienz. en dicha ley 5. glos. 1. n. 18. Morquech. ibi. n. 8. Salicet. in Authent. 1. Post fratres.

54 Muriendo alguno, y dexando un tio hermano de su padre, ò de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente *in capita*, porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no succeden representativamente, sino quando concurren con otro hermano vivo del difunto. Pero no obstante, serán preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aunque sean *ex uno latere tantum*: Lo primero, porque la linea de los descendientes aun respecto de los colaterales, siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida à la superior tambien de ellos. Y lo segundo, porque el hijo del hermano representa indistintamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si éste viviera, porque toma sus veces, y se subrroga en su lugar, ya concurra con otro hermano vivo del difunto, ò con los hijos de otro hermano muerto de éste: y en los ascendientes no hay representacion. (1)

55 Si dexa un tio hermano de su padre, ò madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre, ò madre (que son sobrinos carnales del tio vivo) no entrarán estos à la succesion, y sí solo el tio, porque está en grado mas cercano, que es el tercero, y los sobrinos en el quarto. Asi se prueba de la ley 6. Cod. *Communia de Successionibus*, que dice: *Abunculo priori, qui est in tertio gradu, quam consobrino, qui sequentem occupat, deferri succesionem intestati, certi juris est.* (2)

56 Falleciendo un tio hermano de padre, si concurren

(1) Gom. en la ley 8. de Toro n. 14. vers Sed his non obstantibus. Matienz. ibi. n. 19. Parlador. lib. 2. Rer. quotidianar. cap. 15.

(2) Bart. Bald. & alii DD. in leg. Avunculo, Cod. Communia, de Succession. Boer. decis. 302. Decio consil. 444. vol. 4. Parlador. ibi.

ren à heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo, ò abuela paterno, ò materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto por la representacion de su padre, y por hallarse en grado mas inmediato; lo qual se entiende aunque sean *ex uno latere tantum*, ò medios. (1)

57 Dexando el difunto varios hermanos, unos *ex uno latere*, ya sean consanguineos, ò uterinos, que es por la linea paterna, ò materna, y otros *ex utroque latere*, è *utrinque conjuncti*, que son por ambas lineas, nada llevarán los medios hermanos, ni sus hijos, antes bien toda la herencia será para los enteros, los quales obtendrán la preferencia por la doble conjuncion, (2) como he sentado en los nums. 40. y 41.

58 Pero faltando estos, y sus hijos, si tiene solamente hermano, ò hermanos consanguineos, ò uterinos, le heredarán en el todo indistintamente. Lo qual procede, aunque el difunto dexe tio hermano de su padre, ò madre, por cuya linea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero prefieren al tio, que está mas distante; y asi succederán en todos sus bienes de qualquier calidad, y parte adquiridos sin diferencia de titulo, ni lineas. (3)

59 Si dexa sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán, no obstante es-

(1) Authent. de Hæredib. cit. §. Illud palam, Authent. 1. Post fratres, & ibi. Bartul. y Salicet. Gom. en dicha ley 8. n. 14. Matienz. ibi. n. 19. Morquech. lib. 4. y cap. 7. cit. n. fin.

(2) Authent. Cessante, y Authent. Itaque dichas, y ley 5. tit. 13. Partid. 6. verb. *E sobre todo.*

(3) Ley de Emancipatis, vers. Exceptis, Cod. de Legitim. hæredib. & ibi. Bartul. & cæteri DD. glos. ultim. in Authent. Itaque, & ibi. DD. Matienz. en dicha ley 5. y glos. 1. n. 9.

estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia; y la razon es, porque si su padre viviera, lo excluiria por la mayor qualidad de conjuncion doble de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre, deben excluir tambien à su medio tio por la propia razon. (1)

6o Y si dexa solamente medios hermanos, unos por una linea, y otros por la otra, heredarán los de la consanguinea, ò paterna los bienes que por ella poseía el difunto, y los de la materna, ò uterina los que por ésta gozaba: y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio, ù otro titulo, los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6. tit. 13. Partid. 6. que al principio dice: *Hermanos de padre tan solamente, è otro de madre, habiendo aquel que muriese sin testamento, si non dexase otro pariente ninguno, que heredase lo suyo de los que descienden, ò suben por la linea derecha, estonce decimos que en tal caso como éste el hermano, que le perteneciese à éste à tal de padre tan solamente, ese heredará todos los bienes del difunto, que le vinieren de parte de su padre, è el hermano que le perteneciese de parte de la madre, ese heredará otrosi todos los bienes que le viniere de parte de su madre: è los bienes que à tal defunto como éste obiese ganado por otra mancra qualquier, amos los hermanos sobredichos los partirán egualmente.* Y en quanto à las deudas pagará cada uno las que contraxo por razon de sus respectivos bienes el difunto: y si no consta por quá-

les

(1) Dichas Authent. Post fratres 1. y Cessante, y ley 5. al fin, tit. 13. Gom. en la 8. de Toro n. 7. vers. Imo quod magis est. Gom. Arias en ella, n 19. y Avendañ. glos. 2. num. 2. Mier. de Majorat. part. 2. quæst. 7. n. 8. Morquech. ibi. n. 7. Matienz. ibi. n. 7.

les las causó, las satisfarán todos à prorrata de los que hereden. (1)

61 Del mismo modo succederán à su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos, y consanguineos, representando las personas de sus padres; pero en los nietos, y demás descendientes de estos no há lugar esta distincion, ni separacion de bienes: ni en los tios hermanos de padre, ò madre, ò de otros ascendientes, quando concurren à heredar à sus sobrinos: y asi todos se dividirán con igualdad entre los que sean, y estén en un propio grado, sin diferencia de adquisicion, sea por el titulo que fuere, porque en Derecho no se halla preceptuado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes, por cuya razon no se llaman paternos, ni maternos, como entre los hermanos, y sus hijos, por estar mezclados, y confundidos, y no considerarse sino la proximidad de grado, ni deberse ampliar, ni entender sino de los en Derecho expresados; (2) por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre, ò madre de éste, como mas propinquos, ya haya heredado de su padre, ò madre hermanos de su tio, ò de otra parte los bienes que dexó.

62 Faltando ascendientes, descendientes, y los hermanos del difunto, è hijos de ellos, le succederá en sus bienes libres el pariente mas cercano por qualquiera linea sin diferencia de agnacion, ni cognacion hasta el decimo gra-

(1) Arg. leg. Si certarum, §. 1. ff. de Testam. milit. Alberic. in Authent. Itaque, col. 3. Cod. Communia, de Succession. Sr. Greg. Lop. en la ley 6. insert. glos. 2.

(2) Gom. en la ley 8. de Toro n. 8. vers. *Item adde prosequendo materiam.* Sr. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 13. Partid. 6. glos. 1. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. n. 12. Sr. Covar. in Epitom. succession. n. 8 Morquech. dicho cap. 7. n. 20. y 21.

grado: y siendo dos, ò mas de uno mismo, dividirán entre sí la herencia con igualdad por la proximidad de parentesco, sin respecto à la representacion, (1) pues ésta se extingue (segun queda sentado) en los primos carnales, que son los hijos de hermanos, y há lugar unicamente quando succeden à un tio suyo hermano de su padre, ò madre, y concurre otro tio tambien hermano de alguno de estos, y no quando succeden entre sí sin concurrencia del tio: ni entre otros parientes transversales: ni tampoco entre los ascendientes, ni descendientes de estos; bien que por dos leyes recopiladas posteriores (2) se dispone, que à falta de parientes dentro del quarto grado, succeda el Fisco: Sobre lo qual vease lo explicado en el cap. 1. de mi primera parte §. 20. n. 231. y la Real Cedula alli inserta.

63 Instruido el Contador del modo de succeder al que murió intestado, no le dañará saber qué parte de sus bienes deberán, ò no distribuir por su alma los que los hereden: para cuya perfecta claridad es indispensable distinguir de casos, y de herederos: y asi, digo, que estos, ò son legitimos, ò transversales: y el difunto, ò murió absolutamente intestado, ò baxo de poder para testar, y no hizo su testamento el Comisario. Si los herederos son ascendientes, ò descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados à hacerle las exequias, funerales, y demás sufragios que se acostumbren en el País con arreglo à su caudal, calidad, y circunstancias, y no à distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse Juez alguno, como lo manda la Pragma-

(1) Ley 6. tit. 13. Partid. 6. verb. *E sobre todo esto.* Authent. Post fratres cit. Gom. ibi. n. 10. y 18. Sr. Covar. ibi. n. 11.

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

matica que inserté en el cap. 1. de primera parte §. 20. n. 230. y es la ley final del tit. 4. lib. 5. Novisima Recop. Y si falleció baxo de poder para testar, y el Comisario no hizo su testamento, porque no pudo, ò no quiso, ò se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley, ò por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendrán obligacion tampoco à distribuir el quinto, (1) porque ninguna ley se la impone. Sobre lo qual vease à *Matienzo*, y *Angulo* en la ley final tit. 6. lib. 5. Recop.

64 Si son transversales, y murió sin testamento, no estarán obligados à dicha distribucion, y sí solamente à lo que los legitimos sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato: (2) habia indistintamente la referida Pragmatica, y ninguna ley les precisa à mas; (3) aunque algunos dicen, que todo lo han de distribuir, (4) pero no se observa, ni debe. Si dió poder para testar, y el Comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso, y no en otro estarán obligados à la distribucion del quinto integro dentro del año, segun lo ordena la ley 10. del mismo titulo, y libro, cuyo contexto es éste: *Quando el Comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ò porque no quiso, ò porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente à los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los quales, en caso que no sean fijos, ni descendientes, ò ascendientes legitimos, sean obligados à dispo-*

(1) Arg. à contrario sensu ex leg. 10. tit. 4. lib. 5. Recop. Gom. Castillo, y otros en la ley 36. de Toro. Angul. en la 13. tit. 5. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 4.

(2) Ley 6. tit. 13. Partid. 6.

(3) Gom. y Castill. ibi. Angul. ibi. n. 3.

(4) Parlador. different. 25. n. 2. citando à Tello en dicha ley 36. y à Roxas de Succession. abintestato cap. 9. n. 24.

poner de la quinta parte de los tales bienes por su anima del testador, lo qual si dentro del año contando dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras Justicias les compelan à ello, ante las quales lo puedan demandar, y sea parte para ello qualquier del Pueblo. Y la razon es, porque en este caso presume el Derecho, que el testador por el hecho de dar poder para testar al Comisario, quiso que su anima fuese preferida à sus parientes en el quinto, à que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba, y estendia à todos sus bienes; (1) y no procede, ni se amplía à otros casos algunos la disposicion de esta ley: Lo primero, porque habla condicionalmente de caso cierto, y limitado, y la condicion del testador, del contrayente, y de la ley se debe observar en forma especifica. (2) Y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado; (3) y asi en los demás expresados, ya sean legitimos, ò transversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dexo expuesto.

65 Por lo que queda explicado en orden à la succesion abintestato, parece se deberá graduar la succesion ex testamento: y asi si el testador instituye generica, y simplemente por herederos à sus hermanos, ò les lega alguna cosa, y unos son enteros, y otros medios, serán admitidos solamente los enteros à la herencia, ò legado; (4) y

(1) Innocenc. in cap. Cum tibi de Testam. Jason in leg. Captatorias n. 12. Cod. de Testament. milit.

(2) Ley Conditionibus primum locum, & per tot. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley 1. & per tot. ff. de Conditionib. incert.

(3) Ley Age cum geminiano, Cod. de Transaction. y ley In agris, ff. de Acquirend. rerum dominio.

(4) Paul. de Castr. in leg. fin. Cod. de Verbor. significat. & ibi. Jason n. 26. y Corn. n. 9. Com. en la 8. de Toro n. 9. Avendañ. en ella glos. 2. Menoch. consil. 187. n. 40. Alex. consil. 166.

y la razon es: Lo primero, porque en duda es visto haber querido disponer el testador con arreglo à Derecho, (1) segun el qual son preferidos los hermanos enteros. (2) Lo segundo, porque la causa del que murió testado, se ha de juzgar en duda por las reglas que la del intestado. (3) Y lo tercero, porque mayor aficion se presume tener à los hermanos enteros, que à los medios. (4)

66 Lo qual se entiende, excepto que el difunto no tenga mas que un hermano entero, pues por el hecho de llamar, ò instituir à sus hermanos en plural, y no convenir la pluralidad à uno solo, se conceptúan tambien llamados, è instituidos los medios hermanos. Y lo propio milíta, y procede, quando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia. (5)

67 Si instituyó simplemete con modo colectivo à un hermano vivo, y à los hijos de otro hermano muerto, ò à un extraño, y à los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos *in stirpes*, y el hermano, ò extraño *in capita*: y asi éste llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo qual se entiende, excepto que de su voluntad aparezca expresa, ò tacitamente otra cosa; v. g. si mandó que succediesen igualmente, pues entonces todos succederán *in capita*. (6) Y lo mis-

(1) Ley Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebellian.

(2) Authent. Itaque, Codic. Communia de Succession. y ley 5. tit. 13. Partid. 6.

(3) Glos. & DD. in leg. Cum ita, §. In fideicommisso, ff. de Legat. 2. Menoch. consil. 187. n. 40. y consil. 198. n. 14. y 15. lib. 2.

(4) DD. ubi supr. Menochio præsumpt. 75. n. 19. y 29. lib. 4.

(5) Menoch. ubi supr. al fin. Crot. in leg. Filius, §. Divi n. 161. ff. de Legat. 1. Morquech. de Divis. lib. 4. y cap. 7. dichos n. 12.

(6) Ley Interdum, ff. de Hæredib. instituend. & ibi. Bart. Alberic. Angel. & alii DD.

mismo procede en qualquier substituto, y en el legado; (1) por lo que si lega algo, v. g. à Pedro, y à sus hijos, ò à los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad. (2)

68 Pero si los hijos no estaban nacidos, y solo eran postumos, v. g. *Instituye à Pedro, y à los hijos que nazcan de su hermana Juana*, (ò de otra muger que nombra) y nacen dos, ò mas, deben heredar todos *in capita*, porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado à cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos; y por Derecho se presume, que à estarlo, los nombraria. Lo que será al contrario quando lo están, y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen *in stirpes*. (3)

69 Lo qual se entiende, quando los llamó principalmente, pues si fue substitutiva, ò subrrogativamente, v. g. *Si instituye à Pedro, y le grava con la restitucion de la herencia à Juan, y Francisco; y muerto alguno de estos, à sus hijos nacidos, ò postumos*, entonces si uno de estos herederos fideicomisarios fallece antes que el fiduciario, conseguirán unicamente sus hijos nacidos, ò postumos la parte que su padre llevaria si viviera, y no mas. (4)

70 Y si instituye por sus herederos à un hermano suyo, y à los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo, ò copulativo, sino nombrandolos por sus propios

(1) DD. ubi supr.

(2) Ley Si quis Attio, & hæredibus 7. ff. de Usufruct. accrescend. & ibi. Bart. Bald. & DD.

(3) Ley Utrum, vers. Sin autem, ff. de Rebus dubiis, & ibi. Din. & DD. antiqui. Bart. Alberic. y Socin. en la Quidam relegatus, §. fin. ff. eod. tit.

(4) Paul. de Castr. y Bart. en dicha ley Utrum. Gom. en la 8. de Toro n. 15. vers. Quod tamen singulariter.

pios nombres, succederán *in capita* con su tio: y asi la herencia se dividirá entre el tio, y sobrinos con igualdad; pues en toda materia es principio, y regla de Derecho, que quando muchos son nombrados colectiva, ò copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente, ò con igualdad. (1)

71 Instituyendo el testador por sus herederos à sus hermanos, ò haciendoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado, ò herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y succeden en su derecho, y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y asi no serán admitidos los sobrinos: Lo primero, porque no hizo mencion de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propinqua aficion, y proximidad de grado, que la remota, y atender mas à su mente, que à las palabras con que se explica. Lo tercero, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen, y se comprehenden solamente los existentes en segundo grado, y no los ulteriores. (2) Y lo quarto, porque (si es necesario) para mantener consequencia en su disposicion, y libertar à su voluntad de la nota de obscura, inutil, ò perplexa, se impropian las palabras: (3) bien que aqui no hay necesidad, por estar clara.

CA-

(1) Ley Reos, §. Cum tabulis, ff. de Duobus reis, ley Si pluribus, ff. de Legat. 2. ley 1. Cod. Si plures una sententia, ley 3. §. Si quis ita stipuletur, ff. de Eo quod certo loco, ley Si fundus, §. Si duo, y ley Si debitor, ff. de Pignor. Gom. ibi. n. 16.

(2) Ley Cum virum 16. Cod. de Fideicommissis. Gom. ibi. n. 17. Sr. Covar. Practic. cap. 38. n. 4. Valasc. de Jure emphiteut. quæst. 10. n. 31. Spin. in Specul. glos. 1. princip. n. fin. Cost. quæst. de Patre, & nepote pag. 87. Acev. en la ley 4. tit. 8. lib. 5. Recop. n. 6.

(3) Ley final, Cod. de Posthumis hæredib. instituend. y ley Titius 25. §. Lucius, ff. de Liber. & posthum.

CAPITULO VIII.

DEL MODO DE DIVIDIR LA HACIENDA del testador entre herederos extraños, y sus substitutos; y quándo se acrecerá à unos la parte de herencia que los otros no quisieron, ò no pudieron heredar.

SUMARIO.

§. I.

1. *INtroduccion à este parrafo.*

2. 3. *¿Quáles se llaman herederos extraños, y si por no instituir el testador por tales à sus hermanos, podrán, ò no romper su testamento?*

4. *El testador que carece de herederos forzosos, puede instituir à los que quiera, ya sean, ò no consanguineos suyos, è imponerles las condiciones que le parezca.*

5. *Puede instituirlos de tres maneras, y dividir la herencia en las partes que quisiere.*

6. *Señalando el testador à todos sus herederos las partes que han de percibir de su herencia, se debe repartir entre ellos con arreglo à su voluntad.*

7. *Instituyendo à uno por heredero en cosa particular, y no disponiendo del resto de su herencia, ni en testamento posterior nombrando otro heredero, ¿cómo se ha de repartir entre ellos?*

8. *Si divide la herencia en quatro partes, nombrando à tres sugetos por herederos de las tres, y no haciendo men-*

mencion de la quarta : ò si instituye quatro herederos, y à cada uno en quatro partes de su herencia , ¿cómo han de dividirla?

9. *Dividiendo sus bienes en mas de doce partes, instituyendo à uno en ellas, y à otro en seis , ò mas , ò dexando à cada uno doce, ¿cómo los dividirán?*

10. al 13. *Instituyendo herederos en la forma que se expresa , ¿cómo se entienden instituidos?*

14. *Si nombra à uno por heredero de la parte que le tiene señalado , ò señalará en su codicilo , ò en otra cosa , ¿qué llevará?*

15. *Si instituye à algunos por herederos de cierta cosa con igualdad , ò desigualdad ; ò à uno en una cosa , y à otro en otra , y no dispone del resto de sus bienes , ¿cómo se dividirán entre ellos?*

16. *Nombrando à dos por herederos juntamente de una cosa , y de otra à otro solo , y no disponiendo de los demás bienes suyos , ¿cómo se repartirán entre los tres?*

17. *Y si instituye à dos, al uno por heredero de la tercera parte de una cosa , y al otro de las otras dos , y no dispone del residuo de su hacienda , ¿cómo se entienden instituidos?*

18. *Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dexando al uno la mitad, al otro la tercera , y al otro la quarta parte de ella , ¿cómo se ha de proceder en la particion?*

19. *Eligiendo por herederos à tres , ò mas , y mejorando al uno en el tercio de todos sus bienes , y al otro en el quinto tambien de todos , y no diciendo quál se ha de baxar primero , ¿cómo se han de deducir?*

20. *Si nombra varios herederos , señalando à unos lo que han de percibir , y à otros no , ¿qué llevarán todos?*

21. *Y si nombra quatro herederos , y manda que uno lleve la mitad de la herencia , y otro la otra mitad , y nada señala à los otros dos,*

¿có-

¿cómo se dividirá entre todos quatro?

22. Quando divide sus bienes en veinte y quatro, ò treinta y seis partes, ¿cómo se repartirá entre los instituidos?

23. Instituyendo à uno por heredero de todos sus bienes, y despues à otro, y mandando que éste lleve el resto de la herencia, ¿si llevará, ò no algo de ella?

24. No señalando el testador à sus herederos las partes que han de percibir, partirán igualmente sus bienes.

25. Dividiendo su herencia en dos, ò tres partes, ò haciendo mencion de alguna quota; ò pidiendo uno dos partes de la herencia, ò una, ¿cómo se han de entender?

26. Aunque el testador nombre à muchos herederos de grados distintos, le sucederán à un propio tiempo igualmente, y no por orden succesivo.

27. al 35. Lo qual se amplía à los catorce casos que se expresan.

36. al 43. Y se limita en nueve, y hace cierta prevencion en quanto à alimentos de la madre del postumo extraño instituido heredero.

44. Nombrando el testador muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y à los demás con modo colectivo, no heredarán con igualdad.

45. Pero si los instituye con alguna palabra, por la qual se conoce haber querido que heredasen uniformemente, heredarán asi; excepto que sean instituidos en diversas oraciones.

§. II.

46. 47. DEbe llevar el substituto la parte que por la institucion toca al instituido; excepto que se colija otra cosa de la mente del testador.

48. 49. La substitucion, y un grado de ella, ¿por qué se declaran? Y la clausula puesta al fin de las substituciones, ¿à qué se refiere?

50. 51. Teniendo el padre

dre quatro hijos los dos puberes de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno pubere, y otro impubere, instituyendolos igualmente por sus herederos, y substituyendolos para que hereden al impubere, en caso de fallecer en la edad pupilar, si despues de muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, fallece abintestato sin succesion uno de los de la primera, y luego el impubere en dicha edad, ¿cómo heredarán à éste los otros dos puberes?

52. *Quando el testador instituye à uno por su heredero, nombrando por substituto à su hermano con sus hijos, ¿cómo heredarán los substitutos?*

53. *Instituyendo el testador tres, ò quatro herederos, y substituyendo para despues de la muerte de todos à otros dos, ò tres; si fallece qualquiera de los instituidos, ò la substitucion fue hecha al ultimo que falleciese de los herederos, ¿cómo heredarán los substitutos en ambos casos?*

55. *Si el testador para despues de la muerte de todos los herederos nombra à otros por substitutos del ultimo que fallece, ¿cómo se ha de dividir la parte de los que van muriendo?*

56. *La condicion puesta al instituido no pasa regularmente, ni se entiende repetida en el substituto, sino se repite.*

§. III.

57. *¿QUál es, y se llama derecho de acrecer?*

58. *¿Quál es el de no decrecer?*

59. *¿En qué se diferencian estos derechos?*

60. *¿Quáles son las razones inductivas del derecho de acrecer?*

61. *Si el testador instituye à uno por su heredero en cosa, ò quota cierta, y no dispone del resto de sus bienes, se acrecen al instituido.*

62. 63. 64. *Prohibiendo el testador que se acrezcan al*

al instituido, ¿si se le acrecerán, ò no, siendolo por palabras directas, ù obliquas, y nombrando, ò no coheredero universal?

65. *Siendo instituidos muchos desigualmente en cierta quota, ò parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, ¿cómo partirán el resto de ellos?*

66. al 72. *Instituyendo el testador à uno por heredero universal, si éste acepta alguna parte de la herencia, es visto admitirla toda.*

73. *Si instituye directamente à dos, ò mas por sus herederos, ò le succeden abintestato, y el uno acepta su parte, y el otro la repudia, se acrece ésta al aceptante.*

74. al 77. *El substituto nombrado por el testador, es preferido al conjunto, asi en la substitucion* vulgar *expresa, como en la tacita comprehendida en la* pupilar; *y entre muchos instituidos, y substituidos recíprocamente, como en los fideicomisos universales; y tambien entre los conjuntos, y aun quando entre ellos ninguna conjuncion haya.*

78. *¿De quántas maneras se llaman en Derecho conjuntos los herederos; y quáles lo son* in re, & verbis?

79. *¿Quáles en la cosa solamente?*

80. 81. *¿Quáles solo en las palabras?*

82. *¿Y quáles omnimodamente disyuntos?*

83. *Aunque los herederos conjuntos, ò disyuntos no quieran aceptar la parte defectuosa, ò caduca, por estar gravada, ò por otro motivo, deben aceptarla, si aceptaron la suya, à menos que luego repudien ésta.*

84. al 87. *De tres maneras se puede llamar caduca, ò defectuosa la parte que se ha de acrecer al conjunto.*

88. *Los conjuntos en la cosa, y palabras prefieren en el derecho de acrecer à los que lo son solamente en una de estas dos cosas.*

89. *Si el testador instituye à uno, y à sus hijos,*

ò

ò à los de otro heredero que elixe, y uno de estos llamados copulativamente repudia su parte, se acrece à los conjuntos, y no al instituido solo.

90. *Falleciendo alguno abintestato, y dexando un hijo vivo, y nietos hijos de otro hijo premuerto; si uno de estos repudia su parte, ò falta por otra causa, se acrece à sus hermanos, y no al hijo del abuelo, que es su tio.*

91. *Si el padre fallece dexando dos, ò mas hijos de una muger, y otros dos, ò mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, se acrece à todos igualmente.*

92. *Lo propio milita en las substituciones* pupilar, *y* breviloqua.

93. 94. *Siendo conjuntos dos, ò mas en las palabras, y otro en la cosa, ¿si uno de los primeros repudia su parte, à quién se acrecerá?*

95. *Concurriendo un conjunto, y otro omnimodamente disyunto, será preferido aquel à éste; y si ambos son omnimodamente disyuntos, se dividirá entre todos la parte defectuosa.*

96. *Muerto uno de los herederos instituidos despues de aceptada su parte, ò antes que espire el tiempo legal prefinido para su adicion; si el coheredero antes, ò despues de su muerte repudia la suya, se acrece à los herederos del muerto.*

97. *El derecho de acrecer pasa à los herederos de aquellos à quienes compete.*

§. I.

QUIENES SE LLAMAN HEREDEROS extraños: de quántas maneras los puede instituir el testador; y siendo muchos los instituidos, si le heredarán, ò no todos igualmente, y à un propio tiempo, ò por orden succesivo.

1 COmo no todos los testadores tienen herederos legitimos, ò forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre sus parientes, ù otros totalmente extraños: y el buen Contador debe saber hacer la division no solo entre aquellos, sino entre estos, la que no podrá evacuar legalmente en los casos en que esté obscura su voluntad, si ignora la disposicion de Derecho, que es su fiel interprete; para que quando se le ofrezca, no cometa absurdos, ni padezca el rubor de preguntar, procuraré tinturarle lo posible, dividiendo la materia de este parrafo en tres puntos: En el primero trataré de los que se llaman herederos extraños, y quáles puede instituir el testador. En el segundo de quántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia. Y en el tercero quándo le succederán, ò no igualmente, y à un propio tiempo, ò por orden succesivo.

2 En quanto al punto primero, digo, que en la legal censura se conceptúan, y llaman herederos extraños no solo los que ningun parentesco de consanguinidad tienen con el testador, sino tambien los que lo tienen, y están en la linea transversal, v. g. hermanos, primos, tios, sobrinos, y demás colaterales: y la razon es, porque *ex testa-*

tamento ningun derecho les compete à sus bienes, ni está obligado civilmente à instituirlos por sus herederos, ni por excluirlos de su succesion con razon, ò sin ella, pueden querellar de inoficioso su testamento, ni romperlo por pretericion, ni exheredacion. (1)

3 Se limíta esto ultimo para con los hermanos del testador; pues en el caso de que instituya por herederos à sugetos de mala vida, ò infames de hecho, ò de derecho, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros manifiestos, Clerigos pública, y continuamente amancebados, y otros, cuya asignacion es arbitraria en el Juez, les compete la accion de querella, y no vale la institucion, siendo probado el defecto del instituido: (2) excepto que hayan maquinado contra su vida, ò acusadole de crimen, por el qual incurriese en pena de muerte, ò perdimiento de miembro, ò hechole perder la mayor parte de sus bienes, ò quanto estuvo de su parte para que los perdiese; pues por qualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querella, aunque el hermano haya instituido heredero à algun infame, sino que si murió abintestato, serán repelidos, y nada podrán heredar de él. (3) Sobre lo qual vease al *Señor Castillo lib. 2. Controv. cap. 19.*

4 Por lo tocante al segundo punto, digo, que careciendo de herederos forzosos el testador, puede instituir por tales à uno, ò à muchos extraños, ya sean, ò no consan-

(1) Ley 2. verb. E todos los otros, y ley 12. verb. E decimos, tit. 7. Partid. 6. y ley Fratris, vel sororis 21. Cod. de Inofficios. testament.

(2) Dicha ley 12. verb. Fueras ende, tit. 7. y ley 2. verb. Fueras ende, tit. 8. Partid. 6. y ley Fratres 27. Cod. de Inofficios. testament.

(3) Dicha ley 12. verb. Pero tres razones, y ley 2. cit. verb. Pero si este hermano.

sanguineos suyos, con tal que por Derecho no tengan prohibicion de heredar, è imponerles, ò à algunos de ellos las posibles, y honestas condiciones que le parezca, las que para entrar en la herencia, deben cumplir, ò dar caucion, y seguridad de que las cumplirán, ò practicar para ello las competentes diligencias, (1) como sentè en el cap. 1. de mi primera parte §. 14.

5 Digo asimismo, que aunque el Derecho divide la herencia en doce onzas, ò partes, puede dividirla el testador en las que quisiere, è instituir à sus herederos (segun dexo expuesto en el cap. 1. de este libro num. 2.) de tres maneras, à saber: señalando à todos las que han de percibir de sus bienes: ò à unos sí, y à otros no, ò à ninguno; (2) y de cada una procedo à tratar separada, y ordinalmente, exponiendo varios casos para instruccion del Contador.

6 La primera es, quando el testador señaló à todos sus herederos las partes, ò porciones que de su herencia han de percibir, en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos con arreglo à su voluntad, de suerte que nada quede vacante, para que todos le representen en el todo. (3) Y si dividió parte de ella, y dexó algo sin repartir, se ha de aplicar esto à los herederos instituidos à

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. Partid. 6.

(2) Leyes 16. y 18. tit. 3. Partid 6. leyes 9. y 11. Cod. ley Interdum 13. §§. 1. y 2. y ley Servum 50. §. ultim. ff. de Hæredib. instituend y §. Hæreditas, Institut. eod. tit. Guerreir. de Divis. lib. 5 cap. fin. n. 2. 3. y 4.

(3) Ley Item quod Sabinus 17. ley Asse toto 77. y ley Ex unciis 87. ff. de Hæreb. instituend. ley fin. ff. de Bonorum posses. secundum tabul. y §. Videamus, Institut. de Hæredib. instituend. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 14. Net. lib. 2. Comment. Jur. Civil. tit. 15. ex n. 17. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 1. n. 7.

à proporcion de la que les señaló en la que distribuyó. (1)

7 Instituyendo el testador à uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni aunque despues haga otro, nombrando heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido, sin embargo de serlo solamente en cosa señalada, porque se entiende universal; y asimismo cumplir los legados, y pagar sus deudas; (2) pues de no heredarlos todos se verificaria, que el testador moria en parte testado, y en parte intestado, lo qual es absurdo, y repugna. (3) Pero si en testamento posterior establece nuevo heredero, llevará solamente el nombrado en el primero la cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que éste ultimo no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene, ò el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (4)

8 Si el testador divide la herencia, v. g. en quatro porciones, instituyendo por iguales partes à tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la quarta, deben llevar ésta con igualdad los instituidos en las tres: y si no lo fueron igualmente, llevará cada uno de la parte vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente; (5) y lo mismo se debe observar en los le-

ga-

(1) Ley Interdum, §. 2. ff. de Hæredib. instituend. y §. Hæreditas 5. Institut. eod. tit. Guerreir. de Divis. lib. 5. cap. fin. n. 38.

(2) Ley 14. tit. 3. Partid. 6. ley 1. §. Si ex fundo, y ley Quotiens, §. Si duo, ff. de Hæredib. instituend.

(3) Ley Jus nostrum 7. ff. de Regul. jur. y dicho §. Hæreditas, vers. Et si unum.

(4) Ley 14. cit. y ley 21. tit. 1. Partid. 6. ley Cum in secundo, ff. de In justo, rupt. testam. ley Si jure, ff. de Legat. 3. ley Si quis priore 39. ff. ad Trebellian. y §. Posteriora, y §. sig. Institut. Quibus modis testament. infirment.

(5) Ley Interdum, §. 2. ff. de Hæredib. instituend. y ley 17. verb. E aun decimos, tit. 3. Partid. 6.

gados. (1) Pero si el testador instituye quatro herederos, y à cada uno en quatro partes de la herencia, se ha de dividir ésta en doce, y llevar cada uno tres. (2)

9 Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas, ò partes en que el Derecho la divide, v. g. instituyendo à uno en ellas, y à otro en seis, llevará las dos terceras partes, que son ocho, el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera, que son quatro, ya nombre primero à éste, que à aquel, ò al contrario. (3) Y si instituye à uno en las doce, y à otro en mas de las seis, v. g. en ocho, diez, &c. y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dexó al otro, antes sí darlas à éste; y asi en los casos propuestos se dividirá en veinte, ò veinte y dos partes, segun sea la institucion, de las quales el uno llevará las doce, y el otro las ocho, ò las diez. Y si à cada uno dexare doce, partirán por mitad toda la herencia, porque por el hecho de no dividirla el Derecho en mas de doce onzas, ò partes: haber instituido el testador dos herederos, y dexado à cada uno las mismas doce, que son su total, es visto haber querido que éste decreciese para ambos con igualdad, y por consiguiente que le heredasen por mitad. (4)

10 Si el testador instituye, v. g. quatro herederos en esta forma: *Pedro sea mi heredero en la parte primera, Juan*

(1) Ley 33. tit. 9. Partid. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 3. y cap. 12. n. 20.

(2) Dicha ley Interdum, ley Item quod Sabinus, y ley Julianus, ff. de Hæredib. instituend. y ley 18. tit. 3. Partid. 6.

(3) Ley 19. tit. 3. Partid. 6. Bart. in dict. leg. Interdum, §. Denique.

(4) Dicha ley Interdum, §. 4. y ley Cum quæstio 23. Cod. de Legat. Bart. & Imol. in §. Denique cit.

Juan en la segunda, *Diego en la tercera*, *y Pablo en la quarta*, se dividirá entre todos la herencia por iguales partes: y la razon es, porque en la adiccion del numero mas parece haber impuesto orden à la escritura, que modo de distribuir sus bienes à sus herederos, segun se prueba de la ley 14. ff. *de Hæredib. instituend.* que dice: *Si quis hæredes ita instituit*: Titius ex parte prima, Sejus ex parte secunda, Mœvius ex parte tertia, Sulpicius ex parte quarta hæredes sunto: *Æquæ partes hæreditatis ad institutos pertinebunt, quia testator apellatione numeri, scripturæ magis ordinem, quam modum partibus imposuisse videtur.*

11 Nombrando herederos el testador en esta forma: *Instituyo à Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y à Juan en la otra mitad*, y añadiendo luego: *Y en la misma parte que instituyo à Juan, sea heredero Francisco*; no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan, y Francisco la otra mitad con igualdad, porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno; que como conjuntos percibiesen, y dividiesen entre sí la mitad de su herencia; y que Pedro como unico llevase la otra mitad, lo qual se prueba de la ley 15. al princip. ff. *de Hæredib. instituend.* que dice: *Julianus quoque lib.* 30. *refert*, *Si quis ita hæredem scripserit*: Titius ex parte dimidia hæres esto: Sejus ex parte dimidia: ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius hæres esto. *Dubitari posse utrum in tres semisses dividere voluit hæreditatem, an vero in unum semissem Sejum, & Sempronium conjungere. Quod est verius, & ideo conjunctim eos videri institutos: sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.*

12 Diciendo el testador en la institucion de esta suerte: *Nombro à Pedro, Diego, y Juan por mis herederos, al*

al primero, al segundo, al tercero, y à qualquiera, y cada uno de ellos en todos mis bienes, y herencia, es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo, ni tercero: y asi percibirá cada uno la tercera parte de la herencia; (1) por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dixeren que fueron instituidos, pero que no se acuerdan en quánta parte, se debe interpretar que lo han sido igualmente. (2)

13 Lo mismo procede, y se debe practicar quando alguno fue instituido heredero en alguna quota, ò porcion de la herencia, y se duda en quánta, por no constar especificada: pues entonces se han de dividir los bienes del instituyente, segun la mas verosimil mente de éste, que debe investigar prudentemente el Juez, regulando su arbitrio por la disposicion de las leyes. (3)

14 Instituyendo el testador por su heredero à uno en la parte que en su codicilo, ò en su primer testamento le tiene señalada, si ningun señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su succesion, y asi nada percibirá. Y lo mismo procede, si le instituye en la en que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institucion. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. g. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo, ò en otra cosa, ò instrumento, aunque

(1) Ley 19. tit. 3. Partid. 6. verb. E si acaesciese, y ley Si quis hæredes 14. ff. de Hæredib. instituend. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 19. glos. 4. y 5.

(2) Bart. Angel. & Imol. in leg. Si quis ita scripserit hæredem al fin, ff. eod. tit. Jason in leg. Admonendi, n. 205. ff. de Jure jurand. & in leg. Fructus n. 7. ff. Solut. matrimon. Decio consil. 252. n. 3. vers. Nec obstat. Mantic. de Conjectur. lib. 4. tit. 9. n. 4. Cravet. consil. 65. n. 4.

(3) Mans. de Testam. valid. & invalid. tit. 6. quæst. 22. n. 1. Guerreir. de Division. lib. 5. cap. fin. n. 50.

que se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en toda; y si son muchos, la dividirán igualmente como instituidos sin partes. (1)

15 Si el testador nombra à algunos por herederos de cierto fundo, ò de otra cosa, ya sea en partes iguales, ò desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos tambien en estos: y asi se han de dividir con igualdad entre ellos; pero en el fundo, ò cosa señalada llevarán las partes que les asignó. (2) Lo mismo se ha de observar, si instituye à dos, al uno en un fundo, y al otro en otro, ò en otra cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros: bien que cada uno llevará además la cosa en que lo fue. (3)

16 Pero si instituye à dos por herederos juntamente, v. g. en un fundo, y en otro, ò en otra cosa à otro solo, y no nombra mas herederos, ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir la herencia en dos partes, de las quales los dos llevarán la una por mitad, y además el fundo en la propia forma, y el otro integramente la cosa en que fue nombrado, y la otra mitad de la herencia: excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entonces se dividirá ésta por terceras partes. (4)

17 Y si instituye à dos, al uno por heredero en la ter-

(1) Ley fin. ff. de Bonor. posses. secundum tabul. ley Circa eos 2. y ley Si quis ita scripserit hæredem 36. ff. de Hæredib. instituend. Rum. lib. 2. consil. 176. n. 4. vers. Ad idem facit. Menoch. lib. 4. præsumpt. 18. n. 7. Guerreir. ibi. n. 54. y 55.

(2) Ley 1. §. Si ex fundo 4. y ley Quotiens 9. §. Si duo sint 13. ff. de Hæredib. instituend.

(3) Ley Si alterius 10. y ley Ex facto 35. ff. de Hæredib. instituend. y ley 14. verb. Otrosi decimos, tit. 3. Partid. 6.

(4 Dicha ley 14. verb. E si por aventura el testador ficiese.

tercera parte de un fundo, ù otra finca, ò alhaja, y al otro en las otras dos terceras partes del mismo fundo, ò finca, y no dispone del residuo de sus bienes, ni consta otra cosa de su voluntad, se entienden instituidos igualmente en el todo de ellos, como sin partes, y como si del fundo ninguna mencion hubiera hecho, segun se prueba de la ley *Quotiens* 9. §. 13. ff. *de Hæredib. instituend.* que dice: *Si duo sint hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi corneliani, alter ex besse ejusdem fundi: Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.*

18 Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dexando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la quarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion, ò de *tres*, para que ninguno sea perjudicado, v. g. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad parece son seis, la tercera parte quatro, y la quarta tres; pero como seis, quatro, y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿quántos darán seis, quántos quatro, y quántos tres? Y se verá, que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte quatro mil, ni la quarta tres mil: y asi ninguno resultará agraviado en su legitimo haber.

19 Eligiendo el testador por sus herederos à tres, ò mas extraños, y mejorando à dos de ellos, al uno en el tercio *de todos sus bienes*, y al otro en el quinto tambien *de todos*, y no diciendo quál se ha de deducir primero, parece que se deberá sacar antes éste con arreglo à la ley 214. del Estilo, para que sea mayor, y tenga mas de que disponer por su alma, ò en lo que quisiere, segun se practíca quando testa entre descendientes, como tienen creido

do algunos, por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos terminos, ni tampoco baxarse antes el tercio à pretexto de observar el orden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador: Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, como quando testa entre descendientes, à menos que asi lo preceptúe, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por Derecho comun, en lo que no está corregido por el nuestro, segun he sentado en el cap. 1. de este libro §. 2. num. 31. y 32. y en el 6. §. 3. num. 109. pues como la ley del Estilo habla solamente entre hijos, segun de su contexto inserto en el cap. 2. de este libro num. 46. se reconoce, y aqui no hay que atender à legitima alguna, por ser libre el testador en disponer à su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que milítan quando dexa legitimos descendientes; por lo que no debe ampliarse à este caso, ni obrar la misma disposicion legal. Y lo segundo, porque de baxarse qualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no se verifica llevarlo integro *de todos los bienes del testador* como éste lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal liquído, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues será mayor absurdo, y clara injusticia, porque entonces se deduce éste de caudal imaginario, que ya no hay, y se perjudica à los que no son mejorados. Por lo que para proceder con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo à la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo, que cada mejorado lleve como tal la quota que le corresponde, junto con los demás en todos los bienes del testador, y

luego, con los que no lo fueron, entren ambos à partir igualmente el residuo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Lo qual se entiende, excepto que disponga otra cosa, pues entonces será su voluntad la regla que deba observar el Contador.

20 La segunda manera cómo puede instituir herederos el testador, y su herencia se ha de dividir entre ellos, es quando nombra varios, señalando à unos las respectivas partes que han de percibir, y à otros sin señalarles cosa alguna; en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló, y en que fueron instituidos, y estos el resto de la herencia, ya importe mas, ò menos que lo que toque à los otros. (1)

21 De lo expuesto se deduce, que si el testador instituye à quatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia, y el otro la otra mitad, y no señalando à los otros dos cosa, ni parte alguna, heredarán aquellos à quienes instituyó en partes ciertas, la mitad de la herencia, y no mas, la que partirán entre sí igualmente: y los otros à quienes nada señaló, la otra mitad, la que partirán tambien en igual forma, ya sean instituidos juntos, ò al principio, medio, ò fin del testamento. (2)

22 Se amplía la conclusion sentada en el num. 20. al *dipondio*, que es quando el testador divide su herencia en veinte y quatro onzas, ò partes, y al *tripondio*, que es quan-

(1) Ley Interdum, §. penult. y ley Item quod Sabinus, ff. de Hæredib. instituend. ley 17. verb. E si acaesciese, tit. 3. Partid. 6. y §. Si plures, vers. Si vero, Institut. de Hæredib. instituend. Barri de Succession. testat. & intestat. lib. 2. tit. 7. n. 6.

(2) Dicha ley Item quod Sabinus, §. Sed si, ley Quò loco, y ley Cum militabat, ff. de Hæredib. instituend. dicha ley 17. verb. Otrosi decimos, y §. Si plures cit. Barri ibi. n. 7.

quando la divide en treinta y seis; por lo que si instituye varios herederos, señalando à unos sus partes, y à los otros no, ò si consta que su voluntad fue dividir su herencia en mas de las doce partes, v. g. si establece à uno en estas, y à otro en seis, y no hace mencion de las seis restantes cumplimiento al dipondio, ò à las veinte y quatro, se dividirá en este caso en tres partes, de las quales llevará dos el de las doce, y una el de las seis. (1)

23 Se limíta la referida conclusion, quando el testador instituye à uno por heredero de todos sus bienes, y despues à otro, mandando que éste lleve el resto de su herencia: en cuyo caso el primero los llevará todos, y el segundo nada, porque nada le queda que heredar: y asi en quanto à este será ilusoria, y aerea, y se frustrará la institucion; excepto que el primero sea incapáz absolutamente de heredar, y el testador diga, que en la parte que no pueda haber, instituye al otro: pues entonces lo llevará todo el segundo, y el incapáz nada. (2) Pero si la incapacidad es limitada, puede ser instituido, para quando cese, y pueda percibir la herencia. (3)

24 Y la tercera manera cómo el testador puede instituir herederos, y se ha de dividir su herencia entre ellos, es, quando los instituye sin partes, que es sin señalarles las porciones que de ella han de llevar. En cuyo caso todos la deben partir igualmente, porque asi se conceptúan instituidos, y en duda se presume, que lo mismo amó à unos, que à otros, y que quiso observar igualdad entre

(1) Dicha ley Item quod Sabinus, §. 1. y ley 19. verb. E por ende decimos, tit. 3. Partid. 6.

(2) Dicha ley 19. verb. Otrosi decimos, hasta el fin. y ley Item quod Sabinus cit. §. Sed etsi asse.

(3) Ley In tempus, ff. de Hæredib. instituend. y ley Sicut, & ibi. glos. ff. Quibus modis usus-fructus amittat.

tre ellos: (1) pues la disposicion indeterminada que se refiere à muchos extremos, los mira simplemente, y con igualdad.

25 Dividiendo el testador su herencia en dos, ò tres partes, se han de entender dos, ò tres de doce, à menos que otra cosa conste de su voluntad. Si hace mencion de alguna quota, v. g. tercera, quarta, quinta, ò sexta, &c. se entiende de la tercera, quarta, quinta, ò sexta de la herencia. (2) Si alguno pide dos partes de la herencia sin declarar mas, se entienden de doce, que es su total: (3) y si pide una, se entiende pedir su mitad. (4)

26 El tercero, y ultimo punto de este parrafo (que es bastante obscuro, confuso, y delicado, porque muchas veces hay que recurrir à còngeturas, y los Autores suelen estar discordes por esta razon) se reduce à si los herederos instituidos por el testador le succederán, ò no igualmente, y à un propio tiempo, ò por orden succesivo, y sí *in capita*, ò *in stirpes*: y para su inteligencia, digo à lo primero, que aunque nombre à muchos de grados distintos, v. g. *Si instituye à Pedro su amigo, y al hijo, y nieto de éste*, deberán succederle igualmente, y à un tiempo, y no por orden succesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algun orden de naturaleza, y caridad: y la razon es, porque por el hecho de instituirlos de

(1) Ley 17. tit. 3. Partid. 6. ley Quotiens 9. §. Hæredes, ley Attius 11. ley Interdum 13. y ley Titius 24. ff. de Hæredib. instituend. y §. Si plures cit.

(2) Dicha ley Interdum, §. fin. ley Cum quæstio, Cod. de Legat. y §. Hæreditas, Institut. de Hæredib. instituend. Bart. in leg. Codicillis, §. Qui semproniam, ff. d Usufruct. legat.

(3) Bart. in dict. leg. Interdum, §. 1. & ibi. Imol.

(4) Ley Nomen filiarum 164. §. Partitionis, ff. de Verbor. significat. Sr. Greg. Lop. en la 16. tit. 3. Partid. 6. glos. 1.

de esta suerte, se conceptúa que lo mismo amó à unos, que à otros. (1)

27 Se amplía lo expuesto en el numero inmediato à los catorce casos siguientes: El primero, no solo quando los instituidos fueron absolutamente extraños, sino aunque hayan sido consanguineos del testador, à quien à haber muerto intestado, heredarian, por recaer en ellos el orden de caridad, aficion, y succesion abintestato, pues sin embargo de que lo sean, sí llama copulativamente à todos, y no hace distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y quándo, le succederán à un tiempo, y con igualdad sin diferencia. (2)

28 El segundo caso es, quando nombró por sus herederos à su hermano, è hijos de éste, ò à él, y à los de otro hermano muerto, pues se dividirá entre todos por iguales partes la herencia: porque quando la aficion del testador recae indistintamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por orden succesivo. (3) El tercero es, quando instituyó v. g. à su hermano, y à algunos hijos de éste, llamandolos por sus propios nombres, pues succederán tambien igualmente, y al mismo tiempo, y no por orden succesivo; (4) porque por el hecho de llamar à estos por sus nombres, y no à los otros,

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 4. vers. Sexto, & finaliter. Cras. in §. Institutio, quæst. 20. n. 10. Harp. ad Clarum in §. Testamentum, quæst. 80. n. 3. Guerreir. de Division. lib. 5. cap. fin. n. 7.

(2) Mans. de Testam. valid. & invalid. tit. 6. quæst. 16. n. 5. Cras. ibi. n. 3. Jul. Clar. in dict. §. Testamentum, y quæst. 80. n. 1. Fachineo Controvers. lib. 12. cap. 41. Net. lib. 2. Commentar. Jur. tit. 15. n. 6. y 7. Guerreir. ibi. n. 8.

(3) Mans. ibi. n. 4. Net. ibi. n. 6. Guerreir. ibi. n. 9. y 10. Morquech. de Division. lib. 4. cap. 1. n. 32. Alex. consil. 14. n. 16. vers. Tertia conclusio. Menoch. lib. 4. præsumpt. 70. n. 16.

(4) Ternel. in leg. Gallus, §. Quidam rectè, n. 15. in quæstionib. ff. de Liber. & posthum. Morquech. ibi. n. 33. Guerreir. ibi. n. 11.

otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular.

29 El quarto es, quando instituyó à su hermano, y estricta, y limitadamente, y con nombre apelativo à sus hijos, v. g. si nombra solamente à los nacidos, sin embargo de que su madre estaba preñada, ò aunque no lo estuviese, se podia esperar por su edad, y aptitud para procrear que naciesen mas, ò quando nombra à los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder: pues succederán con su padre igualmente, y no por orden succesivo. (1) El quinto, quando instituyó à su hermano, y à los hijos que entonces tenia, y no esperaba procrear mas. (2) El sexto, quando dixo: *Instituyo à mi hermano con sus hijos*, porque esta diccion, ò particula *con* (que en latin equivale à *cum*) liga, y une mas que la copula, ò conjuncion *y*, que en el idioma latino es &. (3)

30 El septimo es, quando hizo la institucion con alguna palabra, ò palabras, que observando las reglas de una perfecta oratoria, no se pueden entender succesiva, sino simultaneamente, v. g. si dixo: *Instituyo à mi hermano Pedro, y à sus hijos por mis herederos*: pues heredarán todos à un mismo tiempo, y no por orden succesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo, sino tambien à sus hijos. (4)

31 El octavo, quando instituyó à un tio suyo hermano

(1) Guerreir. ibi. n. 12. Morquech. ibi. n. 34. Ternel. ibi.

(2) Morquech. ibi. n. 35. Ternel. ibi. n. 21. y 22. Guerreir. ibi. n. 13.

(3) Doctor. in §. Quidam recte cit. & ibi. Jason n. 30. Jul. Clar. in §. Testamentum, dicha quæst. 80. conclus. 4. & ibi. Harp. n. 5. Guerreir. ibi. n. 20. vers. Secus erit. Morquech. lib. 4. y cap. 1. dichos n. 43.

(4) Ley Codicillis, §. Sticho, ff. de Annuis Legat. Menoch. dicha præsumpt. 70. y lib. 4. n. 34. Morquech. ibi. n. fin. Guerreir. ibi. n. 22.

no de su padre, y à un primo hijo de otro hermano de éste: pues aunque el tio, y el hermano preceden al primo en la edad, y orden de la naturaleza, y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante, en este caso serán admitidos igualmente à la herencia, y no por orden succesivo, segun la prerrogativa del grado. (1)

32 El nono, quando el testador instituyó à muchos sin nominarlos por sus nombres, sino baxo del colectivo de muchas personas de un mismo grado: pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes, v. g. si dixo: *Instituyo à los hijos, ò hermanos*: porque entre estos no hay, ni se presume tenerles mayor afecto, y asi como conjuntos se estiman por uno. (2)

33 El decimo, quando instituyó à muchos por herederos con modo colectivo, y à otro solo con el distributivo, v. g. diciendo: *Instituyo à Francisco, y à qualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si à cada uno de estos nombrára, y llamára singularmente à la herencia: por lo que se dividirá igualmente entre todos. (3) Lo qual procede, aunque los hijos instituidos con su padre estén emancipados. (4) El undecimo, quando hizo la institucion, llamando à uno, y à sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia. (5)

El

(1) Cras. dicho n. 3. Manz. dicha quæst. 16. n. 6. Jul. Clar. ibi. n. 1. Guerreir. ibi. n. 23.

(2) Manz. supr. n. 7. Cras. n. 11. Guerreir. n. 24.

(3) Jason in leg. Si quis testamento, ff. de Legat. 1. Corn. consil. 240. n. 4. al fin lib. 2. Menoch. præsumpt. 18. n. 7. y 16. Morquech. ibi. n. 26. Guerreir. ibi. n. 28. 29. y 30.

(4) Salicet. y Corn. in leg. fin. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 36. al fin. lib. 4. Morquech. ibi. n. 27.

(5) Jason in dict. leg. fin. Col. col. ult. vers. Tertio limita, & ibi. Decio al fin. y Curt. Junior n. 14. Socin. Senior, consil. 108. vers. Tertio probatur, lib. 3. col. 1. Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 18. Morquech. ibi. n. 30.

34 El duodecimo, quando instituyó à muchos con nombre colectivo, y entre ellos à un tercero que estaba contenido baxo del mismo nombre, v. g. diciendo: *Instituyo à los hijos de Francisco, y à Antonio por mis herederos.* En cuyo caso si este es uno de los hijos de Francisco, succederá *in capita* con los demás sus hermanos; (1) y es la razon, porque quando se conoce el afecto, è inclinacion à los instituidos, y se dirige, y cae ácia ellos, se entienden llamados para heredar al propio tiempo, y no por orden succesivo. (2)

35 El decimo tercio, en la substitucion hecha à los substitutos por sus propios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente, (3) se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia. (4) Y eldecimo quarto, en los legados, y fideicomisos, en los quales los instituidos, ò nombrados en partes no señaladas son admitidos con igualdad. (5)

36 La conclusion sentada en el num. 26. se limíta lo primero, quando el testador instituyó, v. g. à su hermano, y à sus hijos, y esperaba que procrease otros: pues le heredarán por orden succesivo, porque se conceptúan llamados asi à la herencia, y se presume que no solo quiso

(1) Ley Lucius Titius, §. Lucius Titius testamento, & ibi. Corn. ff. de Legat. 2. Socin. Senior dicho consil. 108. vers. Quarto confirmatur. Jason in dict. leg. fin. col. ult. vers. Quarto singulariter limita. Menoch. ubi supr. n. 21. y 22. Morquech. ibi. n. 31.

(2) Jul. Clar. in dict. §. Testamentum, y quæst. 80 n. 3. Menoch. dicha præsumpt. 70. n. 16. lib. 4. Morquech. ibi n. 32.

(3) Ley Non nunquam 24. ff. ad Trebellian.

(4) Net. lib. 2. Comment. tit. 15. n. 5. Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 6. Fusar. de Substitut. quæst. 477. n. 1. y 2. Morquech. de Divis. lib. 4. cap. 2. n. 1. y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. n. 25.

(5) Ley Legata inutiliter 19. §. ultim ff. de Legat. 1. ley Cum quæstio 23. Cod. de Legat. Net. ibi. n. 4. Gracian. cap. 70. n. 1. Guerreir. ibi. n. 26.

so llamar à los que entonces estaban nacidos, sino tambien à los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos. (1)

37 Lo segundo, quando llamó à su hermano, y à sus hijos, y al tiempo que formalizó el testamento ningunos tenia nacidos, pues se contemplan llamados tambien por orden succesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que à su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos à éste, para que à un propio tiempo heredasen con él. (2)

38 Lo tercero, quando instituyó à su hermano, y à los hijos nacidos, y que habian de nacer de él, (3) ò à sus hijos, y descendientes: porque baxo del nombre de descendientes se comprehenden no solo los hijos, sino los nietos, viznietos, y demás posteridad suya, hasta su extincion, (4) ò à sus hermanos, y à los suyos, porque este nombre *suyos* comprehende lo mismo que el de hijos, y asi en estos tres casos heredarán todos por orden succesivo. (5)

39 Lo quarto se limíta, quando nombró à su hermano, y à sus herederos, porque viviendo éste, no puede tener

(1) Bart. in dict. §. Quidam recte. Ternel. ubi supr. n. 21. vers. Videtur etiam. Socin. Junior, consil. 40. n. 2. lib. 4. Guerreir. ibi. n. 14. Morquech. dicho cap. 1. numer. 36.

(2) Socin. dicho consil. 40. n. 2. Alex. consil. 14. n. 10. vers. Quinta conclusio, lib. 4. Jason consil. 206. n. 2. lib. 2. Decio consil. 205. n. 1. y 2. y consil. 253. al fin. Rub. in dict. §. Quidam recte n. 55 al fin. Guerreir ibi. n. 15. Morquech. dicho cap. 1. n. 37.

(3) Guerreir. ibi. n. 16. Socin. Senior in §. Quidam recte n. 3. Morquech. ibi. n. 38. Aretin. in dict. §. n. 33. y Ternel. n. 16. y 21.

(4) Socin ibi. n. 4 Aretin. en dicho §. n. 13. y consil. 128. n 2. Sr Covar. in cap. Raynatius, §. 2. n. 6. de Testam Morquech. dicho cap. 1. n. 39. Guerreir. ibi. n. 17.

(5) Morquech. ibi. al fin. Menoch. dicha præsumpt. 18. n. 26. Guerreir. ibi. n. 18.

ner heredero en el efecto, (1) y en el nombre generico de *herederos* no solo viene, y se comprehende el primero, sino los de éste, y demás que siguen. (2) Lo quinto, quando instituyó à su hermano, ò à sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la *O* es disyunctiva, y asi impide que hereden juntamente con él. (3)

40 Lo sexto, quando instituyó à su hermano, y à sus hijos con palabras, que atendidas la rectitud, y reglas de la oratoria hecha con perfeccion, no pueden entenderse sino succesivamente, v. g. si dixo: *Instituyo por mi universal heredero à Pedro mi hermano, y à sus hijos*, pues estos deben heredar por orden succesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se estiende à los hijos que son muchos, sino por el orden expuesto. (4)

41 Lo septimo, quando son instituidos muchos *colectiva*, ò *copulativamente*, si de las palabras con que el testador hace la institucion, se colige haber querido que no acudiesen todos à un propio tiempo, sino por orden succesivo, v. g. si dixo: *Instituyo à Pedro, y à su hijo, y heredero*, y entonces ningun hijo tiene: pues en este caso es visto, que el hijo, y heredero que llegue à tener, han de heredar por orden succesivo. (5)

42 Lo octavo, quando son nombrados por herederos muchos, entre los quales no solo media el orden de afecto, caridad, y succesion, sino que concurre la necesidad de

(1) Ley Qui superstitis, ff. de Acquirend. hæredit.

(2) Ley Hæredis appellatione, ff. de Verbor. significat. Morquech. dicho cap. 1. n. 40. lib. 4. Guerreir. ibi. n. 19.

(3) Ley Cum pater, §. penult. ff. de Legat. 2. DD. in. dict. §. Quidam recte. Morquech. ibi. n. 41. y 42. Guerreir. ibi. n. 20.

(4) Decio consil. 205. n. 2. vers. Prima respondit. Morquech. ibi. n. 24. Guerreir. ibi. n. 21.

(5) Cras. in §. Institutio, quæst. 20. n. 5. Guerreir. ibi. n. 27.

de ser instituidos, v. g. si el hijo, y nietos lo son por la mera copula: pues siendolo por alguna palabra mas conyunctiva, v. g. *juntamente*, succederán igualmente, y no por orden succesivo. (1)

43 Y lo nono, y ultimo, se limíta la referida conclusion, quando son instituidas varias personas, entre las quales cae el orden de caridad, y por alternativa son llamadas à la succesion. (2) O son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una diccion, ò palabra colectiva de muchos grados, v. g. *Instituyo à Pedro, y à sus hijos, y descendientes.* (3) O quando se hace la institucion por un nombre colectivo que comprehende diversas personas, y grados, v. g. si el testador instituye à la familia, y à los agnados, hijos, y descendientes: en cuyos casos serán admitidas por orden succesivo, segun la prerrogativa del grado. (4) Y se previene, que à la madre del postumo extraño instituido heredero, no se deben dar alimentos como à la del legitimo, excepto que no tenga de que vivir, como lo dice la ley 6. ff. *de Ventre in possessionem mittendo*, ibi: *Extraneo posthumo hærede instituto, non aliter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur*, lo qual es al contrario siendo legitimo, segun expuse en el lib. 1. cap. 6. §. 2. de este tratado; y se limitará en caso que el testador mande contribuirla con ellos, aunque no esté indi-

(1) Mantic. de Conjectur. lib. 4. tit. 9. n. 19. Mans. quæst. 16. n. 16. y 25. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 4. Jul. Clar. dicha quæst. 80. n. 4. Cancer. part. 1. Var. cap. 8. n. 97. Guerreir. ibi. n. 32. y 33.

(2) Mans. ibi. n. 28. Jul. Clar. ibi. n. 5. Guerreir. ibi. n. 34.

(3) Cras. dicha quæst. 20. n. 14. Mans. dicha quæst. 16. n. 29. Guerreir. ibi. n. 35.

(4) Guerreir. ibi. n. 36. Mantic. ibi. Mans. ibi. n. 30.

digente, y que se la meta en la posesion de la herencia, pues entonces se observará su voluntad.

44 En quanto à si succederán *in capita*, ò *in stirpes* (acerca de lo qual toqué algo en el cap. 7. de este libro desde el num. 67. hasta el fin) digo, que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y à los demás con modo colectivo, ò baxo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos *in capita*, ò con igualdad, antes bien el instituido por sí solo, y por su propio nombre llevará la mitad de la herencia, y todos los demás juntos la otra mitad, que dividirán entre sí igualmente, v. g. si dice: *Instituyo à Pedro, y à los hijos de Juan por mis herederos. O Pedro sea mi heredero, y Juan, y Francisco sean mis herederos.* Y la razon es, porque todos los conjuntos se reputan por una persona, y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por sí solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como todos los demás. (1) Y lo mismo procede quando es hermano del testador el instituido solo, que abintestato debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de esto hay variedad de opiniones. (2)

45 Se limíta lo expuesto en el numero inmediato, quando el testador añade à la institucion alguna diccion, ò palabra, por la qual se conoce que quiso heredasen todos uniformemente, v. g. si dice: *Instituyo à Pedro, y à los*

(1) Leyes Attius 11. Interdum 13. y Liber homo 59. §. Titius, ff. de Hæredib. instituend. ley Si pater, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct accrescend. Morquech. dicho lib. 4. y cap. 1. n. 19. y 28. Guerreir. ibi. n. 28. y 29. Cras. dicha quæst. 20. n. 15. Manz. ibi. n. 11. Menoch. ibi. n. 15.

(2) Boer. decis. 185. n. 16 al fin, lib. 1. Addictio ad Alex. in consil. 24. litter. c. lib. 3.

los hijos de Juan por mis herederos en iguales partes, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo qual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. g. si dice: *Instituyo por mi heredero à Pedro, y à los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ò igualmente in stirpes.* En estos casos, sin embargo de la diccion, ò palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad, porque la diccion *por iguales partes* apela solo sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no à Pedro con ellos. (1)

§. II.

COMO SE HA DE DIVIDIR LA herencia entre los substitutos de herederos legitimos, ò extraños, y si la condicion puesta en la institucion se entiende, ò no repetida en la substitucion.

46 YA que en el cap. 1. de mi primera parte §§. 8. y siguientes expliqué con bastante extension para instruccion del Escribano las substituciones de herederos, y modo de ordenar sus clausulas, conviene que explique tambien (por si se le ofrece hacer particion) cómo se ha de dividir la herencia del instituyente, ò substituyente entre los substitutos que elige. Y procediendo à su exposicion, digo, que si el testador nombra à uno por su heredero, y lo substituye, es visto que tiene la misma aficion

(1) Net. ibi. n. 16. Cras. dicha quæst. 20. n. 16. Mans. dicha quæst. 16. n. 12. Guerreir. ibi. n. 29. Morquech. ibi. n. 22. al 25.

cion al substituto que al instituido, y no se presume que ama mas al uno, que al otro; (1) por lo que la parte, ò porcion que dexa en la institucion, se entiende repetida en la substitucion, y asi se debe aplicar al substituto tanta quanta en la institucion fue señalada al instituido, v. g. si en la tercera parte de la herencia lo fue alguno, y el testador lo substituyó para en el caso de que muriese sin llegar à heredarle, se debe aplicar al substituto la misma parte que el instituido llevaria à no haber premuerto. (2) Lo qual há lugar tambien en la substitucion fideicomisaria, pues esta se declara por la institucion precedente. (3)

47 Milita, y se entiende lo expuesto, excepto que otra cosa se colija de la mente del testador; (4) por lo que si instituye por heredera en cierta cantidad à una hija, y por universales herederos à sus hijos varones, y manda que si alguno de ellos muriere, lleven los demás su parte, no es visto ser llamada la hija en la substitucion, porque por haber amado mas à los varones por el hecho de instituirlos sus universales herederos, se presume verosimilmente que los amó mas tambien en la substitucion. (5) Y si

(1) Ley Publius 36. & ibi. Bart. ff. de Conditionib. & demonstrationib.

(2) Ley Qui liberis, §. fin. y ley Si plures, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. ley Quoties, ff. ad Senatus consult. Trebellian. ley 1. & ibi. Bald. & DD. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. ley 3. tit. 5. Partid 6 y §. Institut. de Vulgar. substitut.

(3) Decio in dict. leg. 1. n. 7. vers. Quarto ampliatur, & ibi. Curt. Junior. Socin. consil. 66. n. 4. y consil. 75. n. 33. vol. 3. Morquech. lib. 4. cap. 2. n. 1. al 4.

(4) Bart. in leg. fin. col. 2. vers. Justa hoc quæro, ff. ad Trebellian.

(5) Ley Lucius, §. Pater, ff. ad Trebellian. Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommis. dicha ley 1. Cod. de Impuberum. Paul. de Castr. consil. 123. vers. Viso testamento. Decio consil. 547. n. 7. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Partid. 6. glos. fin.

si instituye v. g. à Pedro, y Juan, y à sus hijos, y Pedro muere, dexando algunos hijos, no pueden estos llevar mas que su padre llevaria, si viviera, porque no se presume que el testador les profesó mayor afecto. (1)

48 Al modo que la substitucion se declara por la institucion precedente, y la voluntad del testador se colige de probables congeturas, del mismo modo un grado de substitucion declara otro grado. (2) Lo qual procede, y se entiende, à menos que entre la institucion, y substitucion se patentice militar diversidad: (3) y asi la clausula puesta al fin de las substituciones se refiere à todos los grados, quando no se dá, ò señala razon de diferencia, por la qual se deba referir mas à una que à otra. (4)

49 Procede tambien lo referido en la substitucion pupilar, (5) por lo que si el testador la hace de esta suerte: *Qualquiera que sea mi heredero, lo sea de mi hijo menor de catorce años*, llevarán los substitutos la porcion en que el menor fue instituido. (6) Y si dice: *Qualquiera que sea mi heredero, y Pedro lo sean de mi hijo impubero*, y los herederos instituidos à mas del hijo pupilo son dos, dividirán la herencia por terceras partes, como que con Pedro son tres. Y si fueren tres, por quartas partes, fallecien-

(1) Alex. consil. 66. Mantic. de Conjectur. tit. 1. n. 20. lib. 5. Decio consil. 186. col. penult. n. 4.

(2) Dicha Ley Lucius, y §. Pater, y ley Qui liberis, §. fin. cit. Bart. in leg. Centurio n. 38. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Sr. Castill. lib. 2. Controvers. cap. 4. n. 13.

(3) Curt. Junior, consil. 73. n. 10. Mantic. dicho tit. 1. n. 22. Morquech. dicho cap. 2. n. 10.

(4) Cravet. consil. ult. n. 14. Mascard. conclus. 1346. ex n. 11. al 15. lib. 3. de Probation. Mantic. ibi. n. 23. Morquech. ibi. n. 11.

(5) Ley 1. & ibi. DD. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. y §. Substituuntur, Institut. de Pupillar. substitution.

(6) Ley Qui liberis, §. Hæc verba, y ley Ex facto, §. ultim. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution.

ciendo el pupilo en edad de no poder testar. Pero si dice: *Pedro juntamente con sus hijos, y Diego sean mis herederos*, en este caso como por naturaleza, el padre, y sus hijos se entienden por una persona, y están nombrados copulativamente, llevarán la mitad de la herencia, y Diego la otra mitad. (1)

50 Teniendo el padre quatro hijos, los dos puberos de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno pubero, y otro impubero, instituyendolos igualmente, y substituyendolos, para que hereden al impubero en caso que fallezca en la edad pupilar, muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, si fallece luego abintestato sin succesion uno de los dos hermanos hijos de la primera muger, y despues el pupilo en la edad pupilar, ¿se duda cómo heredarán à éste su hermano entero pubero, y el otro medio hermano consanguineo, que heredó tambien à su hermano entero, y si éste llevará dos partes, una por sí, y otra por su hermano difunto, ò solamente una por sí? Y se responde, que llevará unicamente la parte que por sí le corresponde, y el pupilo heredó de su padre, y no la que à vivir su hermano difunto, llevaria éste, porque por haber premuerto el pupilo, no adquirió derecho à ella; y asi no le aprovecha la que heredó de su hermano entero, para efecto de percibir la que le tocaria del pupilo, si le hubiera sobrevivido. (2)

51 Lo qual se entiende, ya sean nombrados los substitutos por sus propios nombres, ò apelativos. Bien que algunos afirman, que si lo fueron por sus nombres propios, he-

(1) Ley fin. Cod. de Impuberum cit. Morquech. dicho cap. 2. ex n. 13. al 15.

(2) Ley Sed si plures, y ley Qui liberis al fin, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. Bald. in leg. Si in testamento, ff. eod. tit. Mantic. de Conjectur. lib. 5. tit. 10.

heredarán *in capita*, (1) pues en duda se presume que la substitucion fue hecha con nombres apelativos. (2) Pero en los legados no se atiende esta diferencia de nombres propios, ò apelativos. (3)

52 Quando el testador instituye à uno por su heredero, y lo substituye, nombrando por substituto à su hermano con sus hijos, deben concurrir estos, y el hermano à un propio tiempo, porque la diccion, ò palabra *Con* liga, y ata mas que la conyunctiva *Y*, (4) segun dexo sentado en el num. 29. y asi el padre llevará la mitad de la herencia, y sus hijos la otra mitad, (5) y estos no heredarán mas, porque como fueron llamados con modo colectivo, se reputan por una persona. (6) Lo qual se entiende, excepto que el testador diga que los substituye igualmente, ò que los nombre por sus propios nombres, diciendo: *Substituyo à Pedro mi hermano, y à Diego, Juan, y Francisco sus tres hijos*, pues entonces sucederán *in capita*, ò igualmente. (7)

53 Instituyendo el testador tres, ò quatro herederos, y

(1) Mascard. conclus. 1346. vol. 3. Bald. & DD. in leg. 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. Sr. Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5. Partid. 5. glos. 3.

(2) Bart. in leg. Sed si plures cit. Morquech. lib. 4. y cap. 2. dichos n. 15. al 19.

(3) Ley unica, §. Sed ut manifestius, & ibi. Bart. Cod. de Caducis tollend. Alex. y Jason en la 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib.

(4) Ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend. Doctor. in leg. Gallus, §. Quidam recte, ff. de Liber. & posthum. Jul. Clar. in §. Testamentum, y quæst. 80. cit. conclus. 4.

(5) Cepol. consil. 52. col 2. vers. Circa secundum dubium. Boer. decis. 185. n. 16. Alex consil. 55. vol. 4. Menoch. præsumpt. 18. n. 15. lib. 4.

(6) Ley Liber homo, y ley Titius fundi, ff. de Hæredib. instituend. ley Si hæredes nominatim, ff. de Legat 1. Imol. in leg. Interdum cit.

(7) Doctor. in leg. 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. Alex consil 55. cit. Aflict. decis. 309 Ternel. in dict. §. Quidam recte, & ibi. Rub. n. 48.

y para despues de la muerte de todos substituyendo otros dos, ò tres, si muere qualquiera de los instituidos, deben ser admitidos por iguales partes los substitutos à heredar lo que cupo à éste en la particion con los demás herederos, y de esta parte se ha de adjudicar à cada uno la suya, porque los instituidos no parecen substituidos reciprocamente, sino llamados à heredar su parte proporcional, segun los que son. (1) Y lo propio milíta quando fue hecha la substitucion al ultimo que muriese de los herederos, pues el substituto heredará à éste, y no los coherederos. (2)

54 Todo lo qual se entiende, excepto que los instituidos sean personas, que segun la verosimil mente del testador excluían à los substitutos, v. g. quando instituye à sus hijos, y descendientes, y les dá por substitutos à extraños, pues es presumible que amó mas à sus hijos, y descendientes, y que quiso anteponerlos à los extraños; por lo que muerto alguno, ò algunos de aquellos sin succesion, les succederán sus hermanos, ò los nietos del testador que los sobrevivan, porque se conceptúan reciprocamente substituidos. Lo qual se verifica en los descendientes, y tambien en los transversales entre sí, pues pueden succeder abintestato à su coheredero. (3) Si

(1) Angel. in leg. Si pater impuberes, vers. Et iste textus, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. & ibi. Paul. de Castr. vers. ult. Angel. in leg. Pater filium, §. Duobus, vers. Sequitur, ff. ad leg. Falcid. & ibi. Imol. in verb. Substituit, super glos. & Alex. vers. Tertio casu. Paul. ibi. al fin. Menoch. consil. 85. n. 43. lib. 1. y consil. 3. n. 24. lib. 4.

(2) Bart. in leg. Vel singulis 37. ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. Bald. & Imol. in leg. Titia Sejo, §. Seja libertis, ff. de Legat. 2. Menoch. præsumpt. 62. n. 41. lib. 4.

(3) Socin. in leg. Hæredes mei, §. Cum ita, vers. Aliquando, & tertio, ff. ad Trebellian. Curt. consil. 16. Paul. consil. 401. y 431. lib. 1. Sr. Corvar. in cap. Raynutius de Testam. §. 8. n. 8. Menoch. dicha præsumpt. 62. n. 35. Morquech. dicho cap. 2. n. 29. al 31. lib. 4.

55 Si el testador para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó, nombró por substitutos del ultimo que falleciese à algunos en toda la herencia, ò bienes que les dexó, se conceptúa haber reciproca substitucion entre los mismos instituidos; por lo que la parte, y porcion de los que van muriendo se ha de dividir entre ellos à prorrata, segun fueron instituidos: (1) y la razon es, porque el ultimo gravado à restituir toda la herencia no puede hacer la restitucion, à menos que preceda la substitucion reciproca, sin la qual no viene à recaer en él, y por este defecto está imposibilitado de restituir; por lo que es visto que el testador quiso substituir à todos, à fin de que la herencia llegase al substituto del ultimo que falleciese.

56 En el cap. 1. de mi primera parte §. 3. y con mas extension en el 6. de este libro §. 2. traté de las condiciones que el testador puede imponer en las herencias, y legados. Procedo ahora à explicar si la condicion puesta al heredero instituido, se entenderá, ò no repetida en el substituto, y pasará à él; y digo, que regularmente no pasa, antes bien se entiende instituido puramente, excepto que en él se repita, segun se prueba de la ley 73. ff. *de Hæredib. instituend.* cuyo contexto es: *Sub conditione hæredе instituto, si substituamus, nisi eadem conditionem repetemur, pure eum hæredem substituere intelligimur*: y de la 39. ff. *de Conditionib. & demonstrationib.* que al principio dice: *Quæ conditio ad genus personarum, non ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere, at quæ*

(1) Ley 3. tit. 5. Partid. 6. dicha ley Titia Sejo, y §. Seja, y §. Et si disparibus, Institut. de Vulgar. & pupillar. substitution. Bart. y Bald. in leg. Vel singulis, & ibi. Paul. de Castr. ff. eod. tit. Sr. Covar. ibi. n. 2. Menoch. ibi. n. 1.

quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt. Pero por quanto esto necesita explicacion mas lata, respecto no ser preciso que el Contador lego lo sepa, para hacer las particiones, y tocar solo à los Letrados, omito molestarle con ella; si quisiere instruirse radicalmente, vea à *Menoch. lib. 4. præsumpt. 178.* que distingue ocho casos, y saciará su deseo.

§. III.

QUANDO SE ACRECERA, O NO A algunos de los herederos extraños instituidos la parte de herencia que los otros repudiaron, y no quisieron heredar, ò por otro motivo quedó vacante.

57 ALta, sutil, y *de apicibus juris* llaman los Jurisconsultos à la materia de este parrafo: por lo que, y por no ser rigorosamente precisa para hacer particiones, y no incidir à caso en errores remarcables, parece no debia tocarla; pero no obstante, ya que en el discurso de mis Obras me interné à explicar puntos bastante delicados, à expensas de insuperables tareas, è incesante estudio, permitaseme no dexarla en silencio, à fin de que el Contador lego, y aplicado se instruya algo de ella, (pues en Castellano le será mas perceptible que en Latin) y no necesite consultar libros que no entienda, ni tampoco mendigar, preguntando si le ocurre, à quien no sepa tal vez darle respuesta legal, y categorica. Y asi siguiendo los Autores de la nota mas recomendable, digo, que la materia de que intento tinturarle, es el *derecho de acre-*

acrecer, y el *de no decrecer*. El de acrecer, ò aumentar es un derecho de retener, ù obtener, y conseguir la parte deficiente del conjunto, ò del que dexa de concurrir al percibo de la herencia, (1) ò un derecho por virtud del qual la parte no aceptada, ò la que lo fue, y despues se repudia, ò falta, y caduca, se acrece, y comunica à la aceptada, ò à la persona que la aceptó, y la tiene por suya. (2)

58 Y el derecho de no decrecer, ò no disminuir es aquel, en fuerza del qual la porcion, ò parte no aceptada por uno de los conjuntos, que es llamado à la herencia, ò legado, queda en el otro conjunto que tiene la otra parte, por lo que no decrece la que le toca, y retiene la del coheredero, ò legatario que no concurre; de suerte que todo queda en él, pero à concurrir el otro, se dividirá entre los dos, v. g. diciendo el testador: *Lego à Pedro, y Juan un fundo, ò los instituyo por mis herederos*: si se inspecciona la propiedad de las palabras, es llamado cada uno solo al legado, ò herencia, pero si despues concurren ambos à ésta, ò à aquel, se dividirá con igualdad entre ellos. (3)

Se

(1) Ley Qui ex duabus, §. 1. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley unica, §. Si vero, Cod. de Caducis tollend. Spin. in Specul. glos. 5. n. 9. Pichard in §. Si eadem res, Institut. de Legat n. 27. & in Relection. ad tit. de Acquirend. hæreditat. cap. 29. n. 6. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. n. 2. y 3.

(2) Leyes 2. y 4. ff. de Usufruct. accrescend. ley Si servus communis, §. fin. ff. de Acquirend. hæredit. ley Si ex pluribus, ff. de Legitim. hæredib. Petr. Gregor. part. 3. Syntagm. jur. lib. 46. cap. 11. n. 2.

(3) Ley Mœvio al princip. vers. Totus, ff. de Legat. 2. ley Conjunctim, ff. de Legat. 3. ley Legata inutiliter, §. fin. ff. de Legat. 1. ley Cum quæstio, Cod. de Legat. ley Si separatim, vers. Totus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley unica, §. Ubi autem, Cod. de Caducis tollend. §. Si eadem res, Institut. de Legat. y §. Si plures, Institut. de Hæredib. instituend. Cancer. ibi. n. 4. Petr. Gregor. ibi. n. 3.

59 Se diferencian el derecho de acrecer, y el de no decrecer: Lo primero, en que à los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere. Lo que es al contrario à los que vienen por el de no decrecer, pues aquel à quien desde el principio se le dexó todo, no puede aceptar, ò repudiar parte, sino el todo, ò nada: y de no hacerlo, no será admitido. (1) Lo segundo, en que los que vienen por el de acrecer están obligados à aceptar la parte deficiente, ò defectuosa con su gravamen, y cargas, y à sufrirlas, y los otros no. (2) Y lo tercero, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa, y el de decrecer entre los que lo son en la cosa, y palabras, ò solamente en estas. (3) Y quáles se llaman asi, y quándo se dice defectuosa, ò caduca la parte que se ha de acrecer, lo explicaré desde el num. 78. al 88.

60 Tres son las razones inductivas de este derecho, ò las causas por que se estableció: La primera, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado. (4) La segunda, porque el heredero debe representar en todo al difunto: y si son muchos, todos, y cada uno por su parte; pues de no acrecersele los demás bienes del testador, sería representado parcial, y no totalmente éste. (5) Y la tercera, porque esta institucion se amplía, y estien-

(1) Dicha ley unica, y §. Ubi autem, ley Si minor 25. annis, ff. de Acquirend. hæredit. ley Neminem, ff. de Legat. 2. y ley Cui fundus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Jason in leg. Re conjuncti, n. 5. ff. de Legat. 3.

(2) Ley unica, y §. cit. vers. fin. y §. Pro secundo.

(3) Dicha ley, y §. Petr. Gregor. ibi. n. 4.

(4) Ley Jus nostrum 7. ff. de Regul. jur.

(5) Ley Hæres, y ley Hæreditas, ff. de Usucapion. ley Hæres quoque, ff. de Acquirend. hæreditat. ley Cum à matre, Cod. de Reivindication. ley 2. Cod. de Hæreditar. actionib. y ley 2. §. fin. & ibi. glos. ff. de Prætor. stipulation. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8. y 9.

tiende virtualmente à los bienes de que el testador no dispuso, à fin de que el heredero particular, ò instituido en una cosa sola, se vea, y estime instituido simple, y universalmente en todos, como si de la señalada no hubiese hecho mencion el instituyente. (1)

61 Para la mas perceptible inteligencia de este Derecho, y que el Contador sepa quándo habrá, ò no lugar, procederé con distincion de casos. Caso primero. Instituyendo el testador à un extraño por heredero en cierta quota, ò cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir éste el instituido en aquella, no por derecho de acrecer, sino por virtud, y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido, porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun Derecho. (2) Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará, y el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella solamente. Previniendo, que si el coheredero universal es instituido baxo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar, ni apoderarse de los demás bienes, pendiente la condicion. (3)

Si

(1) Ley 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæredib. instituend. Salicet. & Imol. in leg. Quotiens, Cod. eod. tit.

(2) Ley 14. tit. 3. Partid. 6. dicha ley 1. §. Si ex fundo, ley Quotiens 9. §. Si duo, ley Si alterius 10. ley Ex facto 35. vers. Ita igitur, ley Si quis ita scripserit 36. al fin, y ley Si ita quis hæres 66. ff. de Hæredib. instituend. ley Quotiens 13. Cod. y §. Hæreditas, vers. Et si unum, Institut. eod. tit. Sr. Covar. in cap. Raynutius, §. 1. n. 9. Cardos. de Jure accrescendi illat. 25. n. 41. Aillon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 22. y 23. y cap. 10. n. 10. Gratian. regul. 357. n. 3.

(3) Rota apud Farinac. part. 1. decis. 265. n. 9. Surd. de Aliment. tit. 2. quæst. 15. n. 98. Aillon dicho cap. 10. n. 10. vers. Item adde quod cum, y Item adde quod si quis.

62 Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes, ni nombra coheredero universal, sino que prohibe expresamente, ò manda que no se acrezcan, ni los lleve el instituido en cosa cierta, ¿se duda, sino obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo qual hay dos sentencias diametralmente opuestas, la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion: y que por consiguiente se estimará haber muerto abintestato por la perplexidad, y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lleve los demás, ni se le acrezcan, respecto no dexarlos à otro. (1)

63 Y la otra (que es la mas segura, y corriente) afirma, que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de Derecho, porque el testador no puede prohibir, ni impedir que las leyes tengan fuerza, y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado, y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas: (2) y porque todo pacto, ò protestacion contra la naturaleza, y sustancia del acto no lo vicia, antes bien el mismo pacto es el viciado; (3) y asi en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion, y disposicion. (4)

Lo

(1) Bart. Paul. y otros en la ley Quotiens, ff. de Hæredib. instituend. y ley Si Titius, ff. de Conditionib. institution.

(2) Ley 32. tit. 9. Partid. 6. ley Nemo potest 55. ff. de Legat. 1. y ley Si ita quis hæres 74. ff. de Hæredib. instituend. glos. in leg. Si servus communis ab extero, ff. de Acqu.rend. hæreditat.

(3) Ley Cum præcario 12. ff. de Præcario.

(4) Din. Bald. y Angel. en la ley Si ita quis hæres 74. ff. de Hæredib. instituend. Imol. en la 1. §. Si ex fundo, ff. eod. tit. Alex. en la Si quis prior, ff. ad Trebellian. col. 2. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 10. vers. Quæro tamen, y n. 11. vers. Tamen prima opinio, & ibi Ailon n. 10. y 11.

64 Lo qual se entiende, quando el heredero fue instituido por palabras directas, v. g. diciendo el testador: *Nombro, ò instituyo por mi heredero en tal cosa à Juan.* Y se limita: Lo primero, si lo fue por palabras obliquas, v. g. *Dexo, ò lego à Juan tal cosa*, ò por otras semejantes, en cuyo caso se reputa por mero legatario, mas no, si estas palabras *dexo, ò lego* apelan, ò recaen sobre la universidad de bienes, v. g. *Dexo, ò lego à Juan mis bienes*, pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dixera: *Instituyo, ò nombro à Juan por heredero de mis bienes.* Y lo segundo, quando el testador le dió coheredero universal en el residuo, ò en quota cierta de sus bienes, en cuyo caso se estima tambien como mero legatario: y asi los llevará el coheredero, à menos que éste repudie la herencia, ò muera sin haberla percibido, pues entonces viene à ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fue en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado. (1)

65 Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta quota, ò parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá à cada uno el resto de ellos à proporcion de lo que en la quota le toca; (2) lo que al contrario, siendolo en cosa cierta particular, y cada uno en diversa porcion de ella, pues entonces los demás bienes se acrecen à todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada à cada uno en la cosa; bien que de ésta percibirá la que le señaló expresamente el testa-

(1) Gom. ibi. n. 12. y 13. y cap. 2. n. fin. & ibi. Aillon n. 22. hasta el fin.

(2) Ley Quamquam, Cod. de Testament. milit. & ibi. DD. ley Sed si plures, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. y ley 1. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib.

tador: y la razon es, porque el legado de la cosa, y la quota, ò parte asignada à cada uno en ella, se detrae *ipso jure* de la institucion, como si de ella ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se gradúan instituidos simplemente, y como tales con igualdad. (1)

66 Caso segundo. Instituyendo el testador à algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si éste admite, ò acepta alguna cosa, ò parte de su herencia, es visto aceptarla toda: y asi conseguirá las demás partes, no por derecho de acrecer propia, y rigorosamente, sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion, y expresa voluntad del difunto, (2) y la razon es, para que sea representado éste en el todo, y no en parte solamente: (3) y porque la adiccion, ò aceptacion de la herencia consiste en el animo, y quando el heredero hace acto, ò gestion, que con arreglo à Derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con éste, y aceptar en el todo la herencia. Y lo propio milita, quando es succesion universal abintestato, y acepta solamente una parte de ella. (4)

67 Lo explicado en el num. inmediato procede, y há lugar en seis casos: El primero, no solamente quando es instituido simple, y universalmente, sino por partes distintas, y separadas, v. g. en una clausula, y oracion en la mitad, tercera, quarta, quinta, ù otra parte, ò quota, y en otra, ù otras clausulas en el residuo de la herencia, pues enton-

(1) Ley Quotiens 9. §. Si duo, y ley Si alterius 10. ff. de Hæredib. instituend. y ley Quotiens 13. Cod. eod. tit. Gom. dicho cap. 10 n. 14.

(2) Ley 1. y ley Si ex asse 10. ff. de Acquirend. hæreditat.

(3) Bart. & DD. in dict. leg. 1.

(4) Ley Pro hærede 20. y ley Gerit 88. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Si avia 6. y ley fin. Cod. de Jure deliberand.

tonces, admitiendo la una, es visto admitir las demás, y asi se le acrecen. (1)

68 El segundo, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra à cierto dia, ò con condicion, pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente en la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla, ò no la condicion: y asi en vano es el esperar el cumplimiento de ésta, respecto à que nada obra, ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual, la suspende solamente. (2)

69 Pero si en la parte condicionada tuviere substituto, se debe esperar el cumplimiento de la condicion, pues no verificandose, la llevará éste, y si se verifica, toca al heredero, al qual se acrecerá sin nueva aceptacion, mediante haber aceptado la parte pura. Y aunque se verifique despues de su muerte, la llevará su heredero, y no el substituto, no por virtud de la institucion condicional, porque ésta no es transmisible, sino del derecho de acrecer despues que la condicion se verificó, como lo dice la ley 53. ff. *de Acquirend. hæreditat.* al principio, ibi: *Qui ex duabus partibus hæres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, & ex pura institutione adjerit, & decesserit, posteaque conditio extiterit: ea quoque pars ad hæredem ejus pertinet.* (3)

70 El tercero, aun quando el tal heredero acepte una parte, y repudie expresamente la otra, pues se consti-

(1) Ley 2. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Quidam elogio 20. Cod. de Jure deliberand. & ibi. DD.

(2) Ley Cum hæres, §. fin. ff. de Acquirend. hæredit. y ley Si quis ita scripserit, ff. de Hæredib. instituend. & ibi. DD. Gom. dicho cap. 10. n. 17. Cevall. quæst. 807. n. 3. Mascard. litter. A. conclus. 45. n. 6. Mantic. de Conjectur. lib. 12. n. 19.

(3) Glos. Bart. Paul. & alii DD. in leg. insert.

tituye heredero *in solidum*, y por derecho de acrecer consigue la repudiada; y lo mismo procede en los legados. (1)

71 El quarto, sin embargo de que el heredero instituido en partes diversas, ò separadas, tenga substituto vulgar en la que quiere repudiar, pues aun entonces, si aceptó la una, no puede repudiar la otra, antes bien ya quiera, ò no, debe llevarlas ambas, segun se prueba de la ley 80. ff. eod. tit. que al principio dice: *Si solus hæres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum, nec interest in quibusdam habeam substitutum, nec ne*: y la razon es, porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente, y con la misma qualidad, y no con qualidades diversas, ò contrarias en su representacion, como lo son los grados de institucion, y substitucion. (2)

72 El quinto, aunque el tal heredero sea substituto pupilar de un hijo del testador: pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la pupilar edad, no puede repudiarla despues. (3) Y el sexto en el hijo, respecto de su legitima, pues no puede admitirla sola, y repudiar los demás bienes. (4)

73 Caso tercero. Instituyendo directamente el testador dos, ò mas extraños por sus herederos, ò succediendo-

(1) Glos. in leg. 2. ff. de Acquirend. hæreditat. & ibi. Bart. Paul. Alex. & alii DD. Gom. ibi. n. 19. Connan. Commentar. lib. 10. cap. 8. n. 6. Pichard. in Relection. tit. de Acquirend. hæreditat. cap. 28.

(2) Ley Si solus, ff de Acquirend. hæredit. & ibi. Paul. Imol. & alii DD. Gom. dicho cap. 10. n. 20. Duaren. de Jure accrescend. cap. 3. Gutier. in leg. unic. Cod. Quando non petentium partes, numer. 10.

(3) Ley Quidam, elogio 20. Cod. de Jure Deliberand. Fusar. de Substitution. pupillar. quæst. 151. Pichard. dicho cap. 28. ex n. 75.

(4) Bart. in leg. Gerit, ff. de Acquirend. hæreditat. col. 6. n. 22. Paul. Alex. y Jason en la 1. ff. eod. tit. Gom. dicho n. 20. vers. Quinto extende. Ceball. quæst. 711. ex n. 3. Pichard. ibi. ex n. 57.

dole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte, y el otro repudia la suya, ò por haber premuerto, ù otro motivo falta su persona, para poder percibirla, se acrece al aceptante, como se prueba de la ley 9. ff. *de Suis, & legitim. hæredib.* que dice: *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam omisserint adire hæreditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint quo minus adeant, reliquis, qui adjerint adcrescit illorum portio, & licet decesserint ante quam adcresceret, hoc jus ad hæredes eorum pertinet*, y de otras. (1)

74 Lo qual se entiende, no habiendo substituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18. tit. 6. Partid. 6. ibi: *Pero quando dos omes fuesen establecidos en uno por herederos, è el uno de ellos otorgase que lo queria ser, è el otro non la quisiese, non habiendo substituto, decimos que éste que la entró en su escogencia es de tomar la parte del otro, è debe haber toda la heredad, ò dexar la suya, que habia entrada.* Pues habiendolo, es preferido al conjunto, (2) por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solò la substitucion expresa, sino la tacita. (3) Y la razon es, porque el substituto vulgar viene à heredar por propia, y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tacita, y presunta. (4)

No

(1) Ley Hæredes sine partib. 63. y ley Si ita quis hæredes instituerit 66. ff. de Hæredib. instituend. ley Hæc scriptura, §. 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. ley Servus communis 67. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Testamento jure facto 6. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib.

(2) Ley Æquissimum 2. §. Si duo 8. ff. de Bonorum posses. secundum tabul. ley penult. ff. de Injusto, rupto testament. Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss. y ley unica, §. In primo, y §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tollend.

(3) Dicha ley 2. y §. Si duo, y ley unic. §§. cit.

(4) Ley Hæredes 1. y ley Si in testamento 5. ff. de Vulgar. & pupillari substitution.

75 No solo milita, y se entiende lo expuesto en la substitucion vulgar expresa, sino en la tacita comprehendida en la pupilar: por lo que si el testador instituye dos, ò mas hijos suyos por herederos, de los quales el uno es impubere, y lo substituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ò por otro motivo falta, la llevará el substituto por virtud de la substitucion vulgar comprehendida tacitamente en la pupilar, y no el coheredero, ò conjunto por el derecho de acrecer. (1)

76 Lo mismo que queda sentado en el numero precedente, procede quando en perfecto testamento instituye muchos herederos, y los substituye mutua, ò recíprocamente; pues si los unos admiten sus partes, ò porciones, se les acrecen las de los que repudian las suyas: y asi deben aceptarlas, que quieran, ò no, porque el derecho de acrecer há lugar tambien entre los instituidos, y mutuamente substituidos. (2)

77 Procede tambien lo expuesto en el num. 66. en los fideicomisos universales: por lo que si el testador instituye à uno por heredero con la obligacion, y gravamen de restituir la herencia à dos, ò mas, y uno de estos repudia su parte, no la llevará el fiduciario, (que es el instituido, y gravado à su restitucion) antes bien pasará al fideicomisario conjunto que aceptó la suya; (3) y no so-

(1) Ley ultim. al fin, Cod. de Hæredib. instituend. Gom. dicho cap. 10. n. 36. ex vers. Et in tantum hoc est verum. Sr. Larrea decis. 61. Cancer. part. 3. Var. cap. 3. n. 228.

(2) Dicha ley Testamento 6. Cod. de Impuberum, & aliis substitutionib. ley unic. cit. §. 10. ley unic. Cod. Quando non petentium partes, ley 1. Cod. de Successorio edict. ley Si quis hæres 35. ff. de Acquirend. hæreditat. y ley Si ex pluribus 9. ff. de Suis, & legitim. hæredib.

(3) Ley Filius familias 114. §. Divus Severus, ff. de Legat. 1. y dicha ley unica, §. 11. Codic. de Caduc. tollend. & ibi. Bald. in §. His ita definitis. col. fin. Gom. dicho cap. 10. n. 23.

solo procede entre los conjuntos instituidos, sino tambien aun quando entre ellos ninguna conjuncion haya. (1)

78 Y para que el Contador sepa quáles se llaman en Derecho conjuntos, y de quántas maneras lo son, y quáles no, debo advertirle, que unos lo son con conjuncion real, y verbal, ò *in re*, *& verbis*, que es en la cosa, ò herencia, à cuyo goce son llamados, y en las palabras: otros lo son solamente en la cosa; y otros en las palabras, y otros omnimodamente disyuntos, ò separados. Conjuntos *in re*, *& verbis* son, y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos, ò legatarios en una misma clausula, y oracion, sin asignarles la parte, ò porcion que han de percibir de la herencia, ò legado. (2)

79 Conjuntos solamente en la cosa son aquellos, à quienes el testador dexa una misma herencia, ò legado en diversos periodos, ò clausulas, v. g. si en una dice: *Instituyo à Juan por mi heredero*, y despues en otra: *Instituyo à Pedro por mi heredero*, pues como dexa la herencia à cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse, ni entenderse heredero universal, porque dos, ò mas no pueden ser dueños *in solidum*; de necesidad se deduce que deben dividirla, y concurrir à su percibo por mitad, y por consiguiente que son conjuntos en la cosa solamente, ya que en las palabras, ò modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas clausulas nombra-

(1) Ley unica, §. His ita definitis, Cod. de Caducis tollend.

(2) Ley Re conjuncti, ff. de Legat. 3. ley Triplici 142. ff. de Verbor. significat. & ibi. glos. & DD. ley unica, y §. His ita definitis cit. y §. Si eadem res Institut. de Legat.

brados al goce, y obtencion de la misma cosa. (1)

80 Conjuntos solo en las palabras se llaman aquellos à quienes el testador en una misma clausula, ù oracion instituye (ya sea, ò no igualmente) por sus herederos, ò legatarios, señalando à cada uno, y separandole con ellas la parte, ò porcion que ha de percibir de la herencia, ò legado, y no simplemente, sin señalarsela, v. g. diciendo: *Instituyo à Juan, y Francisco por mis herederos en partes iguales*, pues estos por ser instituidos en una misma clausula, y oracion, se llaman conjuntos en las palabras; y por no serlo simplemente en quanto al percibo de la herencia, sino en diversas, y separadas partes, ò porciones, aunque iguales, no se gradúan, ni titúlan conjuntos en la cosa. (2)

81 Y sin embargo de que quando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos en la cosa, y palabras, ò en estas solamente, pues aunque no diga: *Por iguales partes, ò porciones*, se entiende por Derecho, porque en los contratos, sentencias, y ultimas disposiciones la copula, ò conjuncion *y*, (que en latin es &) puesta entre las personas, divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion: (3) no obs-

(1) Ley Re conjuncti cit. y ley Conjunctim, ff de Legat. 3. ley Triplici cit. dicha ley unica, §. His ita definitis, y §. Ubi autem legatarii, Cod. de Caduc. tollend ley 1. §. Interdum, ff. de Usufruct. accrescend. y §. Si eadem res cit. Gom. dicho cap. 10. n. 24. vers. Conjuncti re tantum. Bart. in dict. leg. Re conjuncti, & in leg. Triplici. Alciat. en esta num. 3 y 4. Menchac. de Succession. progres. §. 21.

(2) Ley Si ita quis hæredes 66. ff. de Hæredib. instituend. y ley Re conjuncti cit. ibi: *Item verbis, non etiam re: Titio, & Sejo fundum pro æquis portionibus do, lego.*

(3) Ley Reos, §. Cum tabulis, ff. de Duobus reis, ley Si mihi, & Titio, ley Stipulatio ista, §. Alteri, vers. Eum, qui, y ley Eum, qui, ff. de Verbor. obligation. ley Si quis testamento Titio, ff. de Legat. 1. ley Si pluribus, ff de Legat. 2 ley Paulus 43. ff. de Re judicat ley 1 non singuli 1. Cod. Si plures una sententia, y ley Si fundus hipothecæ 16. §. Si duo 8. ff. de Pignorib. Gom. ibi. n. 26.

obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa, y palabras, como quando hace simplemente la institucion.

82 Y omnimodamente, ò del todo disyuntos, y separados son aquellos à quienes el testador dexa la herencia, ò legado en diversas clausulas, y oraciones, y en distintas, y separadas partes, ò porciones, v. g. diciendo: *Instituyo à Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes, ò herencia, y à Pedro en la otra mitad.* (1)

83 Se amplía, y há lugar tambien lo explicado en el num. 66. aunque los herederos conjuntos, ò disyuntos resistan, ò no quieran percibir aquella parte que falta, por estar gravada, ò ser repudiada, ò por otro motivo, pues si han aceptado la suya, deben aceptar tambien la otra, como se prueba de la ley unica, Cod. *de Caducis tollend.* §. *His ita definitis*, que dice: *In his itaque si quidem cohæredes sunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim instituti, vel substituti, hoc quod fuerit quocumque modo evacuatum, si in parte hæreditatis, vel partibus consistat, aliis cohæredibus cum suo gravamine pro hæreditaria parte, etiamsi jam defuncti sint, acquiratur; & hoc nolentibus ipso jure accrescat, si suas portiones jam agnoverint; cum sit absurdum ejusdem hæreditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere*, y se prueba tambien del §. 1. de la ley *Qui ex duabus* 53. *ff. de Acquirend. hæredit.* que dice: *Qui semel aliqua ex parte hæres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito adrescunt*: y la ra-

(1) Ley Et Proculo, ff. de Legat. 2. glos. fin. in leg. 1. §. fin. ff. de Usufruct. accrescendi, & ibi. Bald. & DD. Bart. in leg. Re conjuncti, col. 3. n. 6. Gom. to. 1. n. 25. vers. Omnimodo vero disjuncti.

razon concluyente es, porque los herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto: si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos *in solidum*: y si es uno solo, en el todo *in solidum*; (1) y esta representacion no puede hacerse en parte, y en parte no, porque asi como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte, y en parte muerto; asi tampoco por la ficcion de la ley, que imita à la naturaleza, puede ser representado en parte, y en parte no, pues lo que es imposible naturalmente, lo es fictamente. (2) Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente, y con la misma qualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe qualidades diversas, y contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representacion. (3) Bien que aunque la parte repudiada, ò defectuosa se acrezca por Derecho al aceptante, que resiste percibirla, no obstante, si éste quiere repudiar la que aceptó, para que no le compelan à admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente. (4)

84 De tres modos se puede llamar defectuosa, ò ca-

du-

(1) Ley Hæres, & hæreditas, ff. de Usucapion. ley Cum à matre, Cod. de Reivindication ley 2. Cod. de Hæreditar. action. ley 2. §. fin. ff. de Prætor. stipulation. ley Pacto successorum 26. Codic. de Pact. ley Neque æquam 1. Cod. Si certum petatur, ley Ea quæ, ley Licet, y ley Hæredes, §. An ea stipulatio, ff. Familiæ erciscund. y ley 2. ff. de Verbor. obligat.

(2) Ley Gallus, §. Si ejus, & ibi. glos. & communis opinio, ff. de Liber. & posthum. ley Lex Cornelia al fin, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. y ley 3. ff. Pro socio.

(3) Ley Eum qui ædes, ff. de Usucapion. Aretin. in leg. 1. ff. de Acquirend. hæredit. col. 2. Bald. in leg. unic. Cod. de Indicta viduitate tollend. col. 1. Socin. in leg. Si mihi, & tibi, ff. de Legat. 1. col. fin. & in leg. Mulieri, & Titio, ff. de Conditionibus, & demonstrationib.

(4) Ley Cum hæreditas, ff. de Acquirend hæreditat. y ley 18. tit. 6. Partid 6. Gom. cap. 10. cit. n. 27. vers. Unde dico.

duca la parte que se ha de acrecer al conjunto: El primero, quando se tiene por no escrita, v. g. si el testador instituye por sus herederos à dos, ò mas, de los quales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento; pues su porcion se acrece al otro, y se estima del propio modo que si no hubiera sido instituido. (1) Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. g. por haber sido deportado, ò condenado à minas, ò carcel perpetua: (2) ò si era Religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer, ni heredar; pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero: (3) ò si era hijo indigno, è incapáz de heredar, aunque sin delito personal, (como sucede à los nefarios, y demás espurios) y paladinamente fue instituido, pues tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de substituto; (4) y faltando uno, y otro, pasa à los herederos abintestato del instituyente. (5)

85 Pero si clandestina, ù ocultamente instituye al indigno, v. g. nombrando à otro, y encargandole reservadamente que entregue aquella parte al hijo incapáz de heredar, se le debe quitar, y aplicar al Fisco, y no al conjunto. (6) Y lo propio milita quando por delito de el instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al con-

(1) Ley unica, §. Et cum triplici modo, y §. In primo itaque, Cod. de Caduc. tollend.

(2) Ley Si in metallum 3. ff. de His quæ pro non scriptis habentur, ley 1. y ley Quo loco 20. §. fin. ff. de Hæredib. instituend.

(3) Arg. Clementin. Exhibi, de Verbor. signification. Bart. in leg. Si in metallum cit. & in tractat. Minoricar. cap. 1. y 2.

(4) Arg. Authent. Quibus modis naturales efficiunt. sui, cap. fin. collat. 7. y Authent. Ex complexu, Cod. de Incestuos. & inutil. nupt.

(5) Ley Non intelligitur, §. Si quis palam, ff. de Jure Fisci, & ibi. Bart. & DD.

(6) Ley In fraudem, ley Hæres, y ley Eum qui tacitum, ff. de His quæ ut indign. y ley 1. y quasi todo el tit. ff. de Jure Fisci.

conjunto, ni à los herederos abintestato del instituyente, sino al Fisco. (1)

86 El segundo modo es, quando aquella parte, ò porcion se hace, y constituye quasi caduca, v. g. por haber instituido el testador por herederos à dos, ò mas, de los quales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento, en cuyo caso se acrece al coheredero, como si en todo lo hubiera sido solo. (2)

87 Y el tercero es, quando caducó, v. g. por haber instituido dos, ò mas herederos, de los quales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento, sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte, ò murió sin aceptarla: en cuyo caso no pudo transmitirla, ò transferirla à sus herederos, porque por la repudiacion, ò falta de adiccion no la hizo suya, y asi se acrece al coheredero conjunto. (3)

88 Pero siendo mas de dos los coherederos, ¿se dificulta quál será preferido en este Derecho? Y digo, que al modo que en la succesion abintestato obtiene la prelacion la doble, ò geminada conjuncion, ò vinculo de la sangre, quiero decir, que el hermano, ò hermanos enteros, ò *utrinque conjuncti* se prefieren à los medios hermanos, (4) segun he sentado en el cap. 7. de este libro nums.

(1) Ley Si Titio 7. ff. de Legat. 2. ley Aufertur, ff. de Jure Fisci, & utrobique. Bart. & DD. y ley Hæreditas, Cod. de His quibus ut indign. Gomez dicho cap. 10. n. 29. y 30.

(2) Ley unica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tollend.

(3) Ley Si ex pluribus, ff. de Suis, & legitim. hæredib. y dicha ley Unica, §. In novissimo, y §. Cum autem, Cod. de Caduc. tollend.

(4) Authent. Itaque mortuo, Cod. Communia, de Succession. Authent. Cessante, Cod. de Legitim. hæredib. Authent. de Consanguineis, & uterinis fratribus, cap. 1. §. 1. collat. 6. y ley 5. al fin, tit. 13. Part. 6.

nums. 40. 41. y 57. del mismo modo los *utrimque* conjuntos, que son *in re*, *& verbis*, prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente; por lo que si el testador en una misma clausula, y oracion instituye por sus herederos à Pedro, y Juan, y en otra à Diego: y uno de dos los primeros repudia su parte, ò por alguno de los motivos expuestos falta, ò caduca, se acrece al otro, y no al Diego, porque los primeros son conjuntos real, y verbalmente, que es en la cosa, y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente, que es en la cosa, ò herencia, y por tacita, y presunta voluntad del testador se conceptúa predilecto, y primeramente llamado à la obtencion de la parte vacante. (1)

89 De lo expuesto en el numero inmediato se deduce: Lo primero, que si el testador instituye à uno, v. g. à Pedro, y à sus hijos, ò à los de otro heredero que nombra, (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos, ò los del otro heredero en la otra mitad, (2) à menos que entre ellos medie el orden de caridad, y necesidad, pues entonces es visto instituirlos por orden succesivo, y no simultaneo; (3) v. g. si instituye à un hijo suyo propio, y à los de éste, que son sus nietos) y uno de los hijos, y herederos llamados colectiva, y copulativamente repudia su parte, ò por otra causa falta, se acrece à los otros hijos, y herederos juntamente llamados, y no à Pedro instituido por sí solo; porque aunque todos son conjuntos *re*, *& verbis*, pero lo son con mayor conjuncion los hijos, y he-

(1) Ley Re conjuncti 89. vers. Præfertur, ff. de Legat. 3.

(2) Ley Interdum, ff de Hæredib. instituend. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend.

(3) Glos. fin. in leg. Gallus, §. Quidam recte, ff. de Liberis, & posthum. & ibi. DD.

herederos, por ser llamados no solo juntamente, sino con modo colectivo. (1)

90 Se deduce lo segundo, que si alguno fallece abintestato, dexando un hijo vivo, y nietos hijos de otro hijo premuerto, (al que succeden representativamente) y uno de estos nietos repudia su parte, ò por otra causa falta, se acrece à sus hermanos, y no à su tio hermano de su padre: porque aunque todos son llamados, y conjuntos con conjuncion legal por el abintestato, mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre sí los nietos, por estar llamados con modo colectivo, estimarse por uno, ocupar todos un lugar, y ser parientes mas propincuos; y asi procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la succesion, para que se observe la prerrogativa del grado de parentesco que ocupan. (2)

91 Y se deduce lo tercero, que si el padre fallece dexando dos, ò mas hijos de una muger, y otros dos, ò mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, ò de otra suerte falta, parece deberá acrecerse solamente à los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vinculo, y conjuncion, y no los hermanos *ex uno latere*. (3) Pero sin embargo no será asi, pues todos serán admitidos à su percibo, y à todos se acrecerá con igual-

(1) Bart. in leg. Re conjuncti, col. 7. vers. Secundo principaliter, y col. sig. n. 30. Jason ibi. col. 33. n. 121. Crot. col. 14. n. 46.

(2) Bart. ibi. col. antepenult. vers. Quæritur, & ibi. alii DD. & in leg. unic. Cod. Quando non petentium partes, col. 8. quæst. 7. princip. Pichard. in §. Si eadem res, Institut. de Legat, n. 100. y 101. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 48. n. 39. y sig. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. ex n. 32.

(3) Authent. Cessante, y Authent. Post fratres autem, Cod. de Legitim. hæredib. y Authent. Itaque mortuo, Cod. Communia de Succession.

igualdad, porque respecto de la succesion paterna todos son igualmente conjuntos. Y aunque es constante que muerto uno de ellos, son preferidos los hermanos germanos, y le succeden, segun lo preceptúan los textos citados, y otros; esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida, y es suya propia, mas no en la que no adquirieron, y les proviene por succesion, y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entonces todos son admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos. (1)

92 Lo propio milíta en la substitucion *breviloqua*: por lo que si el padre teniendo hijos de dos mugeres, los substituye mutuamente, y la parte del uno es repudiada, ò caduca, no se contemplan instituidos en ella, y llamados solamente los hermanos *utrimque conjuncti*, si no indistintamente todos los habidos, y procreados en ambas mugeres. (2) Y lo mismo sucede en la *pupilar*, pues substituyendolos pupilarmente, y muriendo alguno en esta edad, le succederán igualmente por virtud de ella todos los hermanos enteros, y medios sin preferencia. (3)

93 Siendo conjuntos dos, ò mas en las palabras, v. g. quando el testador dice: *Instituyo à Pedro, y Juan por mis herederos en iguales partes*, y otro en la cosa, ò herencia, porque en otra clausula, y oracion dice simplemente: *Instituyo à Francisco por mi heredero*, (en cuyo caso todos se conceptúan instituidos por terceras partes) si

(1) Gom. lib. 1. Variar. dicho cap. 10. n. 31. vers. Sed in hoc contrarium. Señor Covarr. Pract. cap. 38. n. 2. Matienz. en la ley 5. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 10.

(2) Bart. in leg. Lucius, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. col. penultim. quæst. fin. & alii DD. Gom cap. n. y vers. cit.

(3) Aretin. in dict. leg. Lucius, col. fin. & ibi. Jason. Sr. Covar. y Gom. locis citat. Menoch. præsumpt. 75. ex n. 8. lib. 4. Aillon, ad Gom. in dict. n. 31.

si uno de los dos primeros repudia su porcion, ò por otro motivo falta, ò caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto en las palabras: Lo primero, porque la conjuncion verbal se causa por la propia, è inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad, y sociedad de la cosa. (1) Y lo segundo, porque los mere conjuntos verbalmente se reputan una misma persona, y cuerpo. (2) Y por otra parte parece debe obtener la prelacion el realmente conjunto, y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y asi à primera vista como llamado à toda la herencia, ò cosa *in solidum*, aunque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya, y obtendrá la de éste, porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que à él. (3)

94 Pero sin embargo de todo lo expuesto (que muchos han creido, y seguido) ninguno de los dos se preferirá al otro, antes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa, ò vacante: Lo primero, porque como en virtud de la institucion, y por voluntad del testador tienen ambos en el efecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon, y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer. Y lo segundo, porque en Derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra. Lo qual se prueba de la ley 66. ff. de *Hæredib. instituend.* que dice: *Si ita quis hæredes instituerit*: Titius hæres esto: Cajus, &

(1) Arg. leg. In conditionibus primum locum, ff. de Conditionib. & demonstrationib

(2) Arg leg. Plane 34. al principio, ff. de Legat. 1. y ley unica, §. His ita definitis 10. vers. Hoc ita tamen variæ, Cod. de Caducis tollend.

(3) Arg. leg. Unic. cit. §. Ubi autem legatarii.

& Mœvius æquis ex partibus hæredes sunto: *Quamvis* (&) *syllaba conjunctionem faciat*: *Si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars adcrescit, sed, & omnibus cohæredibus pro hæreditariis portionibus; quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur.* (1) Sobre lo qual vease à Aillon en el lugar que se cita.

95 Concurriendo un conjunto de qualquiera de los tres modos explicados, y otro omnimodamente disyunto, será preferido aquel à éste. Asi se prueba de la ley 60. ff. *eod. tit.* que en su primera parte dice: *Hæredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet*:: Y si todos son omnimodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelacion: por lo que se dividirá entre todos la parte vacua, ò caduca, como prosiguiendo lo dice la misma ley, ibi: *Sin autem ex separatis ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt hæredes, portio ejus pertinet.* (2) Y la razon es, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado, la qual tiene bastante virtud, y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la succesion ex testamento.

96 Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ò antes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision; si el coheredero antes, ò despues de la muerte del otro repudia la suya, ò por otro motivo falta; se acrece à los he-

re-

(1) Gom. ibi. n. 32. vers. Sed his non obstantibus. Aill. ad Gomez, ibi.

(2) Gom. ibi. n. 33. y 34. Cancer. part. 3. Var. cap. 22. n. 176. Duaren. de Jure accrescend. lib. 2. cap. 4. Menchac. de Succession. creation. §. 10. n. 152. Sr. Castillo de Usufruct. dicho cap. 48. n. 39. y sig.

rederos del muerto: (1) Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el n.60. versan, y tienen lugar en este caso, para que el testador no muera en parte testado, y en parte intestado. Lo segundo, porque este Derecho tiene su tendencia à la parte admitida, y à su qualidad; y asi la defectuosa la sigue, y se le acrece, y ambas se consolidan, y constituyen de una misma qualidad, y naturaleza. Y lo tercero, porque quando la porcion, ò lucro se defiere inmediatamente à alguno por la ley, se transfiere à sus herederos, aunque no la haya aceptado. (2)

97 El derecho de acrecer se transfiere, y pasa à los herederos; por lo que si el heredero à quien compete, ò puede competir, fallece despues de aceptada su parte, ò dentro del tiempo en que puede transmitirse, entonces ya sea repudiada, ò defectuosa la del coheredero antes, ò despues de la muerte del aceptante, se acrece, y transmite à los de éste, segun se prueba de la ley *Si ex pluribus*, *ff. de Suis*, *& legitim. hæredib.* ibi: *Et licet decesserint antequam accresceret hoc jus, ad eorum pertinet hæredem*, y de otras. (3) Y las razones son: La primera, porque las inductivas del derecho de acrecer tienen lugar en este caso. La segunda, porque este Derecho mira à la parte aceptada, y su qualidad; por lo que la defectuosa, ò repudiada despues, la sigue, se constituye de una misma

(1) Ley Si ex pluribus, ff. de Suis, & legitim. hæredib. ley Hæc scriptura, §. 1. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y ley unic. y §. His ita definitis cit.

(2) Ley Edicto Divi Trajani 13. §. Ad hæredes 4. ff. de Jure Fisci. Gom. dicho cap. 10. n. 35. Mantic. de Conjectur. lib. 4. tit. 5. n. 13. artic. 7. y tit. 12. num. 16. Gutier. in leg. unic. Cod. Quando non petentium partes.

(3) Dicha ley Hæc scriptura, y ley unic. §. His ita definitis. cit. ibi: *Etiam si jam defuncti sint, acquiratur*, y §. fin. Institut. ad Orphitian.

ma naturaleza, y qualidad, y se le acrece, y consolida con ella. (1) Y la tercera, porque quando la parte, ò lucro se defiere inmediatamente por la ley, se transmite à los herederos, aunque no esté aceptada. (2) No me detengo mas en la materia de este parrafo, por parecerme suficiente lo explicado para tinturar al Contador lego: el legista podrá ver los Autores que cita *Aillon* en sus Adiciones à *Gom. lib.* 1. *Var. cap.* 10. Si quisiere instruirse à fondo, y saber especies particulares, como que es su oficio, y para defender, y juzgar le es preciso.

CA-

(1) Ley Si totam, ff. de Acquirend. hæredit. y ley Si Titio al fin, ff. de Usufruct.

(2) Dicha ley Edicto, y §. Ad hæredes. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. y n. 35. dichos, & ibi. Aillon.

CAPITULO IX.

POR QUE CAUSAS SE PUEDEN impugnar, y rescindir las particiones; y quándo habrá, ò no lugar à la eviccion de los bienes de la herencia, ò legado.

SUMARIO.

§. I.

1. *EVacuadas las particiones, y presentadas al Juez, ¿qué debe hacer?*

2. *Siendo hechas ante Juez del todo incompetente, è improrrogable, se pueden impugnar, y rescindir.*

3. *Faltando la citacion de los interesados, se puede alegar nulidad de ellas.*

4. 5. *Por razon de lesion se pueden impugnar tambien.*

6. *Por lesion enormisima se puede anular la particion, y será restituido el leso, aunque sea mayor, y jure no contravenirla.*

7. *Siendo nula por Derecho la particion, se debe hacer de nuevo.*

8. *Aunque la calculacion, y particion se aprueben por las partes, se pueden anular, si intervino lesion enormisima.*

9. al 12. *Si hubo error, olvido, engaño, ù ocultacion, y por ello se dexó de colacionar, y dividir alguna cosa, se puede impugnar la particion, para que se divida.*

13. *Haciendose la parti-*

ticion con el que por ningun titulo es heredero, se puede impugnar; pero no, si lo fue con el putativo, y se confirmó por sentencia.

14. *Por via de apelacion de la sentencia se pueden deshacer los agravios hechos en las particiones.*

15. 16. *Y por restitucion* in integrum *con pretexto de lesion en mas, ò menos de la mitad de lo justo contra el menor.*

17. *¿En qué casos no será restituido el menor leso?*

18. *Si la particion hecha entre los hermanos, ò por el padre entre sus hijos, ¿se podrá, ò no reformar, quando se dió al uno mas que al otro?*

19 *Los herederos, que en virtud de la division nula recibieron sus porciones en bienes, que sin su culpa perecieron, pendiente el pleyto sobre la validacion, ò nulidad de ella, no tienen obligacion de colacionar su valor, ni el de sus frutos, quando se hace nuevamente.*

§. II.

20. 21. 22. *SI el heredero, à quien se quitó algo de lo que se le adjudicó en la particion, ¿deberá, ò no ser reintegrado por los coherederos?*

23. *En la division hecha por los hermanos há lugar la eviccion; pero no, quando el padre dividió sus bienes entre sus hijos.*

24. al 27. *Se limíta en quanto à los hermanos en tres casos.*

28. *Si el hijo, à quien se quitó su parte, fue gravado en su legitima, ò consta que la voluntad del testador fue guardar igualdad entre todos, há lugar la eviccion.*

29. al 32. *¿En qué casos el legatario tendrá la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que le hizo, y en juicio se le quitó?*

33. 34. 35. *¿Y en quáles no le competirá?*

POR

§. I.

POR QUE CAUSAS SE PUEDEN rescindir, y anular las particiones de bienes de difunto.

1 HEcha la particion, ya sea por los peritos electos por las partes, ò por los partidores nombrados publicamente en donde los hay, y presentada al Juez de la testamentaría del difunto, debe darlas traslado de ella, para que estando arreglada, la consientan, y si no lo está, deduzcan los errores, y agravios que contenga, aunque juntos no lleguen à la sexta parte del total de su respectivo haber. Si la consienten, ha de proceder à su aprobacion; pero si alguna dice de agravios, debe comunicarlos à las otras, à fin de que expongan lo que las convenga, los quales consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria: y si en Derecho, debe el Juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de Derecho no hay prueba que hacer, por estar resuelto en él lo que debe determinar; y de la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias legales en la forma regular; y hasta que se executoría, y deshace el agravio, no se expide, ni debe expedir à los interesados el testimonio de su respectiva adjudicacion.

2 Por varias causas se pueden impugnar, y rescindir las particiones: La primera, siendo hechas ante Juez del todo incompetente, è improrrogable, (1) cuya nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande, que

(1) Ley 1. & per tot. Cod. Si à non competent. judic.

que impide la execucion, aunque sea de tres sentencias conformes: (1) y no solo se anula la sentencia, sino todo lo obrado ante él, (2) lo qual no se puede subsanar, ni aun por rescripto del Principe.

3 La segunda causa por que se pueden impugnar, y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados, cuyo defecto como que tiene su tendencia à la defensa que proviene de Derecho natural, es la mas poderosa entre todas, y no se debe omitir; (3) y asi aunque sea al Diablo si pareciese en Juicio, no se ha de negar la defensa, antes bien debe ser oido. (4)

4 La tercera es por razon de lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio, ò en la sexta parte de lo que tocó al damnificado. Previniendo, que no basta que lo sea en la de una cosa sola, sino que precisamente ha de ser en la sexta de todo su legitimo haber, porque si lo es solamente en una, se compensa la lesion de ella con el mayor valor de otra, y asi no há lugar à su admision. (5)

5 Lo qual procede, ya provenga la lesion de error sustancial sin intervencion de dolo; ò si por dolo, ò ignorancia se omitió colacionar alguna cosa; ò los Contadores irrogaron agravio en el modo de liquidar, y deducir; ò por otro motivo, (pues la ley no distingue) excepto

(1) Glos. in Clementin. unic. de Sequestr. possess. verb. Non obstante. Felin. in cap. Ea, quæ, col. 2. de Re judicat.

(2) Bald. in leg. Secundum, col. 2. vers. Item nota, Cod. de Donation. Gamm. decis. 219.

(3) Ley Defensionis facultas, & ibi. Bart. Cod. de Jure Fisci, ley Unius, §. Cognitorum, ff. de Quæstion. y cap. Cum inter, de Exception.

(4) Rot. decis. 364. Vancio de Nullitate ex defectu citationis, ex n. 2.

(5) Ley Unde si neruæ, y ley Quid enim 81. ff. Pro socio. Pinel. in leg 2. Codic. de Rescindend. vendition. part. 2. cap. 10. n. 3.

to que sobre el error, y agravio haya recaido transaccion, ò sentencia exequible dada en contradictorio Juicio con pleno conocimiento de causa. (1) Y procede tambien, ya la particion sea hecha por el Juez, ò por arbitro, ò con el que en realidad no es heredero. (2) Previniendo, que la lesion en mas, ò menos de la mitad se entiende, siendo hecha la particion por convenio de los interesados; (3) pues quando lo es por Contadores, basta que sea en la sexta parte: (4) y asi se puede pedir reduccion de ella à alvedrio de buen varon. (5)

6 La quarta es por lesion enormisima, pues interviniendo, se presume que hubo dolo, el qual en todo acto, y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra Derecho: (6) en cuyo caso será oido el leso, aunque sea mayor, y jure no contravenir las particiones; (7) porque ésta lesion no se comprehende en la general re-

(1) Ley Si soror tua, Cod. de Collationib. & ibi. DD. ley 1. & ibi. DD. Codic. de Error. calculi, ley Majoribus, Codic. Communia utriusque judic. y ley Cum putarem, ff. Familiæ erciscund. Ayor. part. 3. quæst. 7. Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 5. n. 4. y 7. Menoch. consil. 91. Decio consil. 351. Valenz. consil. 129. n. 80.

(2) Dicha ley Cum putarem, y ley Si post divisionem 4. & ibi. Menes. Cod. de Juris, & facti ignorant.

(3) Ley 2. Cod. de Rescindend. vendition. y ley 1. Cod. Communia utriusque judic. y glos. en la ley 3. Cod. eod. tit.

(4) Dichas leyes Majoribus, y Quid enim. Bart. in leg. Si societatem, §. Arbitrorum, n. 25. ff. Pro Socio. Ayor. dicha part. 3. quæst. 6.

(5) Bartul. in dict. §. Arbitrorum. Decio consil. 29. col. final. Valasc. de Partitionib. cap. 39. n. 9. al 14.

(6) Ley Si Superstite, Cod. de Dolo, ley Creditor, §. Lucius, ff. Mandati, ley Omnes, §. Lucius, ff. Quæ in fraudem creditor. Menoch. de Arbitr. quæst. 71. n. 18. Gamm. decis. 94. n. 3. y decis. 198. n. 1. Aflict. decis. 403. n. 11. Morquech de Division. lib. 1. cap. 11. n. 22. al 24.

(7) Sr. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2. §. 4. num. 5. Gamm. decis 95. n. 4. y decis. 198. n. 2. Pinel. in leg 2. Cod. de Rescindend. vendition. part. 3. n. 7.

renunciacion: (1) y asi se deben bolver à hacer, si los errores, y lesion son sustanciales, y tan enormes, que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiendo, se deben reformar, y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan, ò se supla el engaño: (2) Y sin embargo de que algunos no asienten al suplemento, pero es lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios, y dilaciones à los interesados. Y si la lesion proviene de mero error de calculo, entonces como que no es sustancial, ni mira à perjudicar à las partes en sus derechos, sino puramente material, no se deben deshacer las particiones, si no por medio de notas, ò prevenciones, las equivocaciones padecidas, expresandolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuvieron presentes, è insertandolas en cada testimonio de adjudicacion, ò hijuela.

7 Pero si las particiones son nulas por Derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que *ipso jure* es nulo, se estima por no hecho, y ningun efecto surte, por lo que no se puede rescindir, ni enmendar. (3) Y sobre quál se llame lesion enormisima, hay variedad de opiniones, por lo que se debe dexar al arbitrio del Juez imparcial, docto, y prudente.

8 Procede lo explicado en el num. 6. aunque la calculacion, y particion se aprueben por las partes, porque esta aprobacion se presume faláz, y hecha sin voluntad, ni

(1) Gutierrez in Repet. cap. Quamvis pactum, n. 92.

(2) Valasc. dicho cap. 39. n. 76. y 77. Guzman de Eviction. quæst. 116. n 18. Guerreiro de Divis. lib. 8. cap. 19. n. 1. al 21. Ayor. part. 3. quæst. 10.

(3) Ley Nam etsi sub condítione, §. Post defectum, ff. de Injusto, Rupto testament. ley Si aut nullum, Cod. de Legitim hæredib. cap. Ad disolvendum, de Dispensation. impuber. y regla Non præstat, de Regul. jur. in 6.

ni conocimiento, y por razon del calculo, y division nula: por lo que no impide su retractacion siempre que se advierta; (1) pues con el mismo error con que la calculacion, y division se hicieron, se entiende hecha su aprobacion: y asi una, y otra se retractarán, y enmendarán. (2)

9 La quinta es, quando por error, olvido, engaño, ù ocultacion se dexó de colacionar, y dividir alguna cosa de la herencia: en cuyo caso el que debió traerla à colacion, sino lo hizo, podrá ser compelido à ello de oficio, y se dividirá, (3) pues en este juicio nada debe dexar proindiviso el Juez. (4) Pero es de advertir, que por esto no se deben rescindir las particiones hechas, ni ser oido el que pretende su rescision, y sí solo dividirse lo que no se dividió, (5) porque como dice el Derecho, (6) lo util no se vicia por lo inutil.

10 Se amplía lo expuesto en el numero inmediato, aunque la particion se haya hecho por arbitro, y en el compromiso impuesto pena contra el que la impugnase: (7) pues no obstante, puede el interesado, sin miedo de incurrir en la pena impuesta, pretender que se dividan las cosas omitidas, porque por este hecho no impugna la particion, y solo intenta que lo omitido se parta, y el juicio se

(1) Ley unica, Cod. de Errore calculi, & ibi. DD. Morquech. dicho cap. 11. n. 25. y 26.

(2) Ley Doli mali, §. Diversum, ff de Donation. Bart. & DD. in leg. Si quis cum aliter, ff. de Verbor. obligation. Decio consil. 60. n. 6.

(3) Ley Si soror, Cod. de Collationib. y leyes 1. y 3. Cod. Familiæ erciscund. Jason in leg. Ea demum, n. 7. Cod. de Collationib.

(4) Ley Hæredes ejus 25. §. Si filius 19. y §. Judex 20. ff. Familiæ erciscundæ.

(5) Dicha ley Si soror. Valasc. dicho cap. 39. n. 58. y 59.

(6) Regla Utile per inutile, de Regul. jur. in 6.

(7) Ley Si soror cit. al fin. y ley Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. de Verbor. obligation.

se perfeccione, y concluya, lo qual es muy diverso. (1) Al modo que quando el Juez dexa de declarar, ò determinar en la sentencia acerca de algunas de las pretensiones de los Contendores, se le pide declare, y determine sobre lo que omitió; pues en lo omiso no se puede decir concluſa totalmente la instancia. (2)

11 Y si las cosas no se omitieron por error, ò ignorancia, sino que se ocultaron por algun heredero, mucho menos se incluirán en el pacto penal de no contravenir à la particion. (3) A mas de que en todo negocio, y contrato, aunque se celebre con las palabras mas amplias, siempre se entiende exceptuado el dolo malo. (4)

12 Pero es de advertir, que si las particiones se hicieren judicialmente, se ha de proceder por la accion *communi dividundo*, y no por la *familiæ erciscundæ* sobre las cosas que no se dividieron; (5) lo que al contrario, habiendose formalizado extrajudicialmente entre los herederos, pues entonces se puede proceder por la *familiæ ercircundæ* sobre ellas. (6)

13 Y la sexta causa por que se pueden impugnar, y rescindir las particiones, es, por haber sido hechas con el

(1) Dicha ley Hæredes, y §. Si filius. Valasc. ibi. n. 60. y 61.

(2) Ley Si autem, §. fin. ff. de Negot. gest. glos. in leg. Si ex testamento, ff. de Exception. rei judicat. Purpurat. in leg. Edita n. 279. Cod. de Edendo. Valasc. ibi. n. 62.

(3) Ley Tres fratres, & ibi. Jason, ff. de Pact. arg. leg. Qui cum tutoribus, §. Qui per falaciam cohæredes, ff. de Transaction. Valasc. ibi. n. 63.

(4) Ley final, §. Lucius, ff. Mandati. Jason in leg. Si procurator n. 113. Cod. de Procurator. y consil. 4. col. 4. lib. 3. Gom. en la 77. de Toro n. 5. Valasc. ibi. numer. 64.

(5) Ley Si filia nupta 20. §. Familiæ 4. ibi: *Quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de eis agi potest*, glos. in leg. 1. Cod. eod. tit. & ibi. DD.

(6) Ley Si non 1. Cod. Familiæ erciscundæ. Menes. in leg. Si post divisionem, Cod. de Juris, & facti ignorantia, n. 4. Valasc. dicho cap. 39. n. 65. y 66.

el que por ningun titulo era heredero. (1) Lo qual se entiende, aunque se imponga pena al que las contravenga, pues no obstante ésta, quedará impune, y no podrá ser compelido à pasar por ellas, porque el error quita el consentimiento, è impide la adquisicion de dominio. (2) Pero si lo fueron con el putativo, y se confirmaron por sentencia, no se pueden impugnar por esta causa, porque la division hecha de este modo impide la repeticion de lo pagado como no debido. (3)

14 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones por via de apelacion de la sentencia; cuyo remedio sirve para corregir la iniquidad, ò impericia de los Jueces, (4) pues no hay duda que se puede apelar asi de las particiones hechas por el Ordinario, como por los partidores electos por las partes. (5) Bien que en quanto à las formalizadas por los partidores concibo no puede haber apelacion, por no ser Jueces, ni dar sentencia, sino solo su parecer como perítos, excepto que estén nombrados en los terminos, y con las facultades que expuse en el lib. 1. cap. 2. num. 32. de este tratado.

15 Tambien se pueden deshacer por via de restitucion *in integrum* con pretexto de lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio, siendo menor de veinte y cin-

(1) Dicha ley Si post divisionem 4. Cod. de Juris, & facti ignorant. y ley Servum communem 22. Cod. Familiæ erciscundæ.

(2) Paul. in leg. fin. §. Item quæsitum, ff. de Condition. indebiti. Decio consil. 408. n. 1. y consil. 600. n. 3. Valasc. dicho cap. 39. n. 69. y 75.

(3) Ley Si divisionem 15. Cod. y ley Cum putarem 36. ff. Familiæ erciscundæ. Menchac. de Succes. creat. §. 1. n. 47. Socin. consil. 23. n. 6. y consil. 25. n. 12. lib. 4. Alex. consil. 186. col. 1. lib. 5. Valasc. ibi. n. 67. al 69.

(4) Ley 1. ff. de Appellation.

(5) Bart. in leg. fin. col. 3. ff. de Appellation. recipiend. glos. & DD. in leg. Qui gravatosse 5. Cod. de Censib. y en la 1. Cod. de Discussoribus. Valasc. ibi. numer. 30.

cinco años el leso, como lo dicen la ley ultima, Cod. *Communi dividund.* ibi: *Quod si minor fuit, nec tempus in integrum restitutioni præfinitum adhuc excessit, an in integrum propter divisionem restitui debeat, causa cognita, Prætor Provinciæ existimabit*, y la final, ff. *Familiæ erciscundæ*, ibi: *Quam revocari non oportet, si non intercedat ætatis auxilium.*

16 De este remedio resultan varias utilidades: La primera, que por él debe ser restituido el menor, aunque la lesion sea módica, ò poca; (1) excepto que por la restitucion de cosa, ò cantidad minima se irrogue perjuicio al mayor, pues entonces se le deniega. (2) Y para llamarse módica, ò inmodica, se debe considerar en sí la cosa, ò suma que pretende se le restituya, y no comparativamente à otra cosa, ò suma mayor, v. g. la lesion de cincuenta respecto de mil es módica, y respecto de sí misma es grave. (3) La segunda, que esta restitucion contra las particiones no se restringe hasta los veinte y cinco años, antes bien dura hasta los veinte y nueve, que son quatro despues; (4) lo qual no sucede en otras alegaciones de lesion contra ellas. Y la tercera es, que opuesta la lesion por restitucion, impide la execucion de la sentencia, y por consiguiente de las particiones hechas, y apro-

(1) Bart. & alii in leg. 2. Cod. Si adversus venditionem. Alex. consil. 67. lib. 5. Cost. in leg. Gallus, §. Et quid si tantum, n. 76. ff de Liber. & posthum.

(2) Ley Scio, ff. de In integrum restitut. Decio in cap. Majoribus, de Præbend & in cap. de Appellationibus, de appellation. Cost. n. cit. Tiraquel. in leg. Si unquam, verb. Omnia, vel partem, n. 15. Cod. de Revocand. donation. Valasc. ibi. n. 38. al 41.

(3) Menoch. lib. 2. centur. 1. casu 72. n. 5. Covar. lib. 1. Resolut. cap. 3. n. 11.

(4) Ley fin. Cod. de Tempor. in integr. & ibi. DD. Valasc. ibi. num. 42.

aprobadas por ésta: (1) de suerte, que movido pleyto, tiene fuerza, y eficacia de impedirla, y hacer que no se innove hasta que el pleyto se termine; pero mientras dura éste, no se revoca la execucion hecha; (2) ni se suspenderá la que no lo está, si la restitucion se pide maliciosamente, para impedirla, ò diferirla. (3)

17 No será restituido el menor, si le tocó por suerte la parte, ò cosa en que fue leso, ò damnificado, sin intervenir fraude, ni colusion; y la razon es: Lo primero, por la incertidumbre de à quien tocaria, por la qual muchas cosas se admiten, que de otra suerte no se admitirian. (4) Y lo segundo, porque hizo lo que el mayor, diligente, y sagáz haria; y quien está à la utilidad, debe estar à la pérdida; y en donde puede resultar daño, y lucro, no se debe pedir restitucion, nulidad, ni otro remedio por la lesion; (5) pues asi como por ella fue damnificado, pudo serlo el mayor, y él no. (6) Y lo propio milíta quando todos los interesados lo fueron en la estimacion de los bienes que se les adjudicaron, pues guardando igualdad, por ninguno se puede decir de lesion, ya sea mayor, ò menor. (7) La

(1) Ley unica, Cod. de In integrum restitut. Doctor. in leg. Si causa cognita, verb. Suspensa, Codic. de Transaction. Marant. Specul. aur. part. 6. membr. ultim. n. 58. Valasc. ibi. n. 43. y 44.

(2) Valasc. ibi. n. 48.

(3) Socin. in leg. 1. §. Si servus, n. 14. ff. de Acquirend. posses. Alex. ibi. n. 14. y 26. Marant. dicho n. 58. Valasc. ibi. n. 49.

(4) Ley 1. Cod. de Pact. ley de Fideicommisso, Cod. de Transaction. ley Si ea lege, Cod. de Usur. y ley Si pater, Cod. de Inofficios. testam. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 4.

(5) Ley Si jactum retis, ff. de Action. empt. ley Nec emptio, ff. de Contrahend. emption. ley Non videtur, Cod. de In integrum restitut. y ley 6. al fin, tit. 19. Partid. 6. Señor Olea de Cesion. jur. tit. 6. quæst. 10. Ciriac. Controvers. 1. Hermosill. en la ley 56. tit. 5. Partid. 5. glos. 11. y 12.

(6) Ley 1. Cod. Quando, & quibus quarta pars, & ibi. DD.

(7) Ayor. part. 1. cap. 3. n. 31. y 32. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 11. n. 37. vers. Item intellige.

18 La particion que se hizo entre los hermanos, se puede reformar quando se dió al uno mas que lo que se le debia dar: en cuyo caso no se ha de deshacer, ni retratar, y sí solo resarcir el daño, ò lesion à arbitrio del Juez. (1) Pero la hecha por el padre entre sus hijos se debe observar, sin embargo de que haya dado mas al uno que à los otros; (2) y asi no pueden quexarse de ella, ni contravenirla, (3) porque este se entiende mejorado; excepto que lo que mas le dió, exceda de su legitima, y mejora, pues en este caso restituirá el exceso à los coherederos, como en varios lugares de este libro dexo sentado.

19 Los coherederos, que en virtud de la division nulamente hecha, y pendiente el pleyto sobre validacion, ò nulidad de ella recibieron sus porciones en bienes, que sin su culpa perecieron antes de concluirse éste, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga nuevamente: y la razon es, porque por la division, y contrato nulo no se transfiere el dominio, y qualquiera cosa perece para su dueño: y asi los bienes perecerán para la herencia en comun, y no para los coherederos à quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera executado, bien que si alguna cosa enagenaron, y recibieron su precio, será éste lo unico que colacionen. (4) Tan poco tendrán obli-

(1) Bart. Bald. & DD. in leg. 1. Cod. Communi dividund. Gozadin consil. 44. n. 15. Morquech. ibi. n. 28.

(2) Ley Ex parte 39. §. ultim. & ibi. Bald. y ley Quæ pater 50. ff. Falliæ ercicund. Alex. consil. 77. lib. 3.

(3) Corn. consil. 228. col. 2. y consil. 273. col. 7. lib. 4. Decio consil. 254. n. 2. Paris consil. 34. n. 27. lib. 2.

(4) Barbos. in leg. 2. Cod. de Rescindend. vendit. n. 14. Guerreir. de Divis. lib. 8. cap. 17. n. 3. y 4. Faber de Errorib. decad. 8. error 4. Hermosill. en dicha ley 56. glos. 10. n. 6.

obligacion de conferir los frutos percibidos de ellos, porque fueron poseedores de buena fé en virtud de titulo al menos putativamente válido, qual es el de la division; y los que poseen de esta suerte, no están obligados regularmente à la restitucion de frutos. (1)

§. II.

QUANDO HABRA, O NO LUGAR A LA eviccion de los bienes quitados en juicio à alguno de los herederos, ò legatario à quien se adjudicaron.

20 SUcede muchas veces que despues de hecha judicial, ò extrajudicialmente la particion, y dada à cada heredero la posesion de la herencia que le tocó, se le quita en juicio por un tercero alguna de las cosas que se le adjudicaron: en cuyo caso este heredero, à quien se quitó, si luego que el tercero le mueve pleyto sobre ella, hace que se cite de eviccion à los coherederos, para que salgan à su defensa, y à mas de esto defiende diligentemente la causa sin dolo, ni calumnia, y siendo condenado en primera instancia, apela, y prosigue la apelacion: y dada executoria, condenandole, entrega en su virtud la cosa demandada, será oido contra los coherederos, los quales ya se hayan obligado, ò no à eviccion, deberán reintegrarle de lo que por ellos satisfizo: (2) y la razon

(1) Guerreir. dicho cap. 17. n. 5.

(2) Ley Emptor, Cod. de Evictionibus. ley Habere licere, ff. eod. tit. ley Si familiæ, Cod. Familiæ erciscund. ley Hæredes, §. fin. ff. eod. tit. ley Si venditor, ff. de Eviction. ley Si fratres, Cod. Communia utriusque judic. ex ibi. DD. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 33. vers. Sexto infertur.

zon es, porque la division se juzga, y estima como permuta, y tacita compra de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que existian proindiviso, y cada interesado tiene derecho à qualquiera minima parte de la alhaja, ò alhajas que están sin dividir. (1)

21 Y aunque contra lo expuesto se alegue, que en las ultimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquieren por titulo lucrativo las cosas dexadas, y porque sería gravosa, y nociva al donante su liberalidad, (2) no obsta, pues esto se entiende quando la donacion empieza por tradicion hecha de cosa agena, ya sea con cierta ciencia, ò ignorancia de que lo es, y no por promesa: (3) y en las dexadas en testamento mas parece haber empezado por ésta, que por aquella; (4) y el estar obligado el coheredero à eviccion, no es porque el testador lo estuviese por lo que dexó, ò legó, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion: por lo que si otro se la quita, se debe componer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, y mucho mas si la alhaja quitada se dió al hijo en pago de su legitima, porque ésta se llama quasi debito, (5) y se tiene en lugar de cosa agena. (6)

Lo

(1) Ley Cum pater, §. Hæreditatem, ff. de Leg. 2. ley Si filia, §. Si pater, ff. Familiæ ercincund.

(2) Ley Aristo ait, §. fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de Ædilitio edict.

(3) Ley 1. Cod. de Jure dot. Bart. in leg. Julianus, §. 1. ff. de Verbor. obligation. Gom. ibi. numer. 35.

(4) Ley Cum hæredes, ff. de Acquirend. posses.

(5) Glos. in leg. Si emancipati, Cod. de Juris, & facti ignorant.

(6) Ley Papinianus, §. Si quis impubes, ff. de Inofficios. testam. y ley Scimus, vers. Quærebatur, Cod eod. tit. Valasc. de Partition. cap. 37. n. 1. al 6.

22 Lo qual se entiende en quanto à la legitima, aunque no sea adjudicada por el Juez en la particion, ò extrajudicialmente entre los hijos, sino señalada por el padre en su testamento, ò entregada à cuenta de ella en su vida: pues si en juicio la quitan al hijo, tendrá la accion de eviccion contra los coherederos. (1) Pero si los herederos pactan, que aunque la cosa adjudicada al uno se le quite, no ha de haber lugar à la eviccion, no se le dará esta accion. (2)

23 Há lugar la eviccion en la division hecha por los hermanos; por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se le aplicaron, están obligados los demás à prorrata à sanearsela, de modo que queden iguales. (3) Lo que al contrario, quando el padre dividió sus bienes entre sus hijos, pues entonces aunque al uno se quite por un tercero alguna cosa de las que su padre le dió, no há lugar su eviccion. (4)

24 Se limíta en quanto à los hermanos la conclusion sentada: Lo primero, quando estipularon que ninguno habia de quedar obligado à eviccion al otro, porque entonces todos tienen el mismo peligro; por lo que aunque al uno se quite alguna de las cosas que se le aplicaron, no puede reconvenir de eviccion al otro. (5)

25 Lo segundo, quando la misma cosa por su natu-

(1) Gom. en la ley 29. de Toro n. 34. vers. Quod tamen singulariter intellige, y vers. Idem est. Alberic. in leg. Hæredes, §. fin. ff. Familiæ erciscund. Roman. in leg. Aristo, §. fin. ff. de Donation. Valasc. ibi. n. 6.

(2) Ley Si familiæ, Cod. Familiæ erciscund. & ibi. glos. fin. Bald. & Angel. in leg. Non dubitatur, Cod. de Eviction. Valasc. ibi. n. 7.

(3) Dicha ley Si Familiæ, & ibi glos. & DD.

(4) Ley Cum pater 77. §. Evictis, ff. de Legat. 2. y ley 9. tit. 15. Partid. 6.

(5) Dicha ley Si familiæ, & ibi. DD. Bald. & Angel. in dict. leg. Non dubitatur.

turaleza se pierde, v. g. si à un hermano se adjudicó el feudo, y habiendo muerto, dexando una hija que no podia obtenerlo, se lo quitó un tio suyo, pues la hija no puede usar de la eviccion contra éste. Y lo propio milita en los bienes sujetos à fideicomiso, si por la razon de éste se quitan al que los tiene. (1)

26 Lo qual procede, y se entiende, quando por razon del feudo, ò fideicomiso intervino el justo precio, ò se estimó en menos que lo que valia, por el peligro, y gravamen, porque éste disminuye el valor, y es parte de precio; (2) pues si no se tuvo consideracion al gravamen, y se estimó por todo lo que valia, como si no lo tuviera, habrá lugar la eviccion: por cuya razon el pacto de *retrovendendo* hace que la cosa vendida con él, valga menos. (3)

27 Y lo tercero, quando la misma cosa, ò fundo que se dudaba perteneciese à la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, pues entonces aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar la eviccion, porque en el mismo peligro están todos, y por el mutuo riesgo à que se hallan expuestos, es visto haber guardado igualdad entre ellos en la division que se hizo del fundo, ò cosa; y asi no será oido. Y lo mismo procede aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo peligro à todos. (4) Pe-

(1) Glos. & DD. in dict. leg. Si Familiæ. Menoch. consil. 87. n. 78. lib. 1.

(2) Ley 1. §. Si hæres, ff. ad Trebellian. ley Fundi partem, & ibi. glos. & DD. ff. de Contrahend. emption. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 8. n. 6. y 7.

(3) Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. glos. 2. ex n. 26. Ayor. part. 3. quæst. 9. n. 19. Morquech. ibi. n. 8.

(4) Paul. in leg. Si familiæ cit. Morquech. ibi. n. 12. Guerreir. lib. 8. y cap. 18. cit. n. 10. y 14. Menoch. præsumpt. 118. n. 20. Michalor. de Fratrib. part. 3. cap. 29. n. 9. Hermosill. en la ley 32. tit. 5. Partid. 5. glos. 1. n. 114.

28 Pero esta tercera limitacion se entiende, excepto que el hijo à quien se quitó su parte, fuese gravado por esta razon en su legitima, pues entonces deben completarsela los coherederos; (1) ò que conste que la voluntad del testador fue que se observase igualdad entre todos, v. g. quando dixo que cada uno llevase todo lo que le correspondia; (2) ò en la cosa poseida por el mismo testador; mas no sino la poseía. (3)

29 En quanto à si competirá, ò no al legatario la accion de eviccion contra los herederos del legante por el legado que en juicio se le quitó, se han de distinguir quatro casos: El primero, quando el legado fue especifico de cierta alhaja, ò cosa que el legante poseía como suya; en cuyo caso no le compete, aunque se la quiten, y sea conjunto del legante: (4) y la razon es, por la congetura de su voluntad, que en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia, y su posesion. (5)

30 Pero si sabía que era agena, y no obstante la legó, competirá al legatario su repeticion, no por razon de eviccion, sino como legado de estimacion en que se resuelve, y convierte. Y lo mismo procede, quando la lega à conjunta persona, v. g. à un hijo, aunque en este caso se-

(1) Ley Scimus, & ibi. Bald. Cod. de Inofficios. testam.

(2) Decio consil. 349. in secundo dubio. Alciat. in leg. Qui Romæ, §. Duo fratres, n. 36. vers. Quod si jus integrum, ff. de Verbor. obligat. Morquech. ibi. n. 15.

(3) Bart. in leg. Cum pater, §. Evictis, ff. de Legat. 2. Sr. Gregor. Lop. en la ley 9. tit. 15. Partid. 6. glos. 2.

(4) Ley Si is qui, ff. de Eviction. ley Si à substituto, §. 1. y ley Si legati servi nomine, ff. de Legat. 1. & utrobique DD. glos. in leg. Si domus, §. de Evictione, ff. eod. tit. Morquech. ibi. n. 20.

(5) Ley Si pignore, §. de Furt. ley Unum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat. 2.

sepa que es ageno lo que lega. (1)

31 El segundo caso es, quando el legado es generico, en cuyo caso le compete la accion de eviccion. (2) El tercero es, quando el testador lega cosa, que sabe ciertamente que es agena: y entonces el heredero está obligado à eviccion, y por consiguiente à redimir, ò comprar la cosa, pagando à su dueño lo que valga, y entregandola al legatario, pues se convierte igualmente en legado de estimacion. Y para saber si es agena, ò propia del testador, lo debe probar el legatario, y no probandolo, nada llevará, à menos que sea conjunto suyo, v. g. muger, hijo, ù otro pariente. (3)

32 Y el quarto es, quando el testador lega ignorantemente à conjunta persona, v. g. à un hijo la cosa agena, creyendo que es suya; en cuyo caso vale el legado, y asi el coheredero está obligado à eviccion, si en juicio la quitan al legatario, porque se presume de la voluntad del testador, que quiso en todo evento beneficiar al legatario como tan conjunto, y que aunque supiera que era agena, se la hubiera mandado dar, ù otro tanto de sus bienes. (4)

33 No há lugar la eviccion quando el legatario es extraño, y el testador le legó cosa que sabía era agena: y la

(1) Ley Cum alienam, Cod. de Legat. y ley Cum pater, §. Evictis, ff. de Legat. 2. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 36. Valasc. dicho cap. 37. ex n. 8. al 13.

(2) Ley Hæres servum, ff. de Eviction. ley Si à substituto, §. 1. y ley Si hæres generaliter, ff. de Legat. 1. y ley Qui concubinam, §. Hæres, ff. de Legat. 3. Gom. dicho cap. 2. n. 5.

(3) Dicha ley Cum alienam, ley Hujusmodi, §. Qui servum, ff. de Legat. 1. ley 10. tit. 9. Partid. 6. y §. Non solum, Institut. de Legat. Paul. in leg. Si domus, §. de Evictione, ff. de Legat. 1. n. 6. vers. In tertio casu.

(4) Ley Cum alienam cit. Paul. ubi sup. col. fin. Valasc. cap. 37. cit. n. 9. y 13.

la razon es, por defecto de voluntad de éste, pues no se presume haber querido legarle su estimacion, porque no media la aficcion que al conjunto, para que se conceptúe que en todo evento quiso beneficiarle como à éste, (1) y asi no vale el legado.

34 Tampoco há lugar en la cosa, que el padre en el concepto de ser suya, prelegó con titulo de mejora, ò fideicomiso à algun hijo suyo, aunque en juicio se la quiten, como se prueba de la ley *Cum pater* 77. §. 8. *ff. de Legat.* 2. que dice: *Evictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus, & cohæredibus actio erit.*

35 Lo mismo procede quando lega alguna cosa en que le compete solamente el derecho de prenda, porque es visto legar éste, y no la misma cosa; (2) ò quando lega aquella en que solo le tenia en esperanza, porque se presume legar la de que la cosa llegaria à ser suya, y no ésta; (3) ò quando lega à conjunta persona la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa, la qual era nula, v. g. porque la habia comprado al pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente há lugar la eviccion; lo que al contrario, quando simple, y absolutamente creía ser suya; (4) ò si lega alguna cosa, juzgando ser suya por alguna causa, la qual espiraba con su

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 36. vers. Si vero erat aliena. Valasc. ibi. n. 14.

(2) Abb. in cap. Filius, n. 4. & ibi. Domin. Covar. n. 3. de Testam. Alex. consil. 47. n. 4. lib. 3.

(3) Bald. in leg. Cum alienam, n. 4. Cod. de Legat. Roman. consil. 38. n. 5. Alex. consil. 11. n. 17. lib. 3. Ruin. consil. 212. n. 7. lib. 1. Morquech. de Divis. lib. 1. cap. 8. n. 21.

(4) Bart. in §. de Evictione, cit. n. 3. al fin, y n. 4. Paul. ibi. n. 7. Jason in dict. leg. Cum alienam, n. 5.

su muerte, y él lo ignoraba; pero no, si lo sabía. (1) El que apetezca mayor instruccion acerca de la eviccion de los bienes de la herencia, ya sa, ò no erronea la particion, vea à *Guerreir de Division. lib.* 8. *cap.* 18. *y* 19. *à Valasc. de Partition. cap.* 37. *à Hermosill. en la ley* 32. *tit.* 5. *Partid.* 5. *glos.* 1. *y à los que citan*, pues para tinturar al Contador lego, basta lo explicado, respecto no tocarle su decision.

CA-

(1) Bart. & Paul. in dict. §. de Evictione. Alex. consil. 19. n. 4. lib. 6. Corn. consil. 84. n. 2. lib. 2. Ruin. consil. 45. n. 10. lib. 1. Menoch. part. 2. lib. 4. præsumpt. 118. Morquech. ibi. n. 22. y 23.

CAPITULO X.
y final.

DE LA FORMA DE ESTENDER EL inventario, y tasacion de bienes de difunto, y hacer la particion de ellos entre sus herederos, y el superstite.

DEL INVENTARIO.

§. I.

EXpliqué latamente en el capitulo primero libro primero de este tratado, qué cosa es inventario, qué personas están, ò no obligadas à su confeccion, ante quáles, y dentro de qué termino debe hacerse, por quién se deben tasar los bienes del difunto, y otras cosas muy utiles, y dignas de saberse; y en el numero final del referido capitulo remití al Lector à éste, para que se tinturase del modo de estenderlo. Digo, pues, ahora, que el inventario se puede pedir por qualquiera de los interesados en la herencia, ò por todos, ò por sus testamentarios, y comisarios, y hacerse à su instancia, ò de oficio de la Justicia por muerte abintestato de alguno, cuyos herederos se ignoran, ò son menores, ò incapaces, ò aunque capaces, están ausentes, à fin de evitarles el extravío de sus bienes, quando el difunto no diputó quien los custodiase, pues habiendo elegido persona à este efecto, no debe mezclar-

clarse el Juez en ello, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad à la utilidad privada, ni contravenir el precepto del testador, sino antes bien hacer que se observe, porque siendo justo, tiene fuerza de ley.

INVENTARIO A INSTANCIA DE parte.

PEDIMENTO.

FRancisca Lopez, vecina de esta Villa, y viuda de Manuel Rodriguez, ante V. m. como mas haya lugar, digo, que el citado mi marido falleció en tal dia baxo del testamento que tenia otorgado en tantos de tal mes de este año ante F. Escribano, por el qual instituyó por sus unicos, y universales herederos à Nicolasa Rodriguez, nuestra hija menor de doce años, procreada en nuestro matrimonio, y à Manuel, y Lorenzo Rodriguez, tambien sus hijos, habidos en el primero que contraxo con Angela Fernandez, mayores de veinte y cinco años, segun se acredita del referido testamento, de que con la solemnidad necesaria presentó copia testimoniada; y para que se sepa qué bienes dexó, y à su tiempo se dividan entre todos los interesados, aceptando como acepto à nombre de la citada mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte. A V. m. suplico se sirva haber por presentado el relacionado testamento, y por aceptada en dicho nombre la herencia, con el beneficio expresado; y en su consecuencia mandar, que con citacion de los interesados se inventarien, y tasen por peritos que elijamos todos los bienes del difunto; pues evacuado, protexto pedir lo que corresponda en justicia, que es la que solicito, y para ello, &c.

Otrosi: Respecto carecer de edad competente la expresada Nicolasa Rodriguez mi hija, para nombrar por sí curador ad litem. A V. m. suplico se sirva proveerla del que sea de su agrado, con cuya citacion, ò asistencia se practique todo: pido ut supra. = Francisca Lopez.

AUTO.

POR presentado el testamento que se refiere, y por aceptada la herencia en la forma que se expresa; con citacion de los interesados, se haga inventario, y tasacion de todos los bienes, caudal, y efectos que dexó Miguel Rodriguez, à cuyo fin nombren tasadores; y mediante la edad pupilar de Nicolasa Rodriguez, se nombra por su curador ad litem à Pedro Sanchez, Procurador de este Juzgado: notifiquesele, acepte, jure, se obligue, y dé la fianza por Derecho necesaria; y discernido que sea el cargo, se practique todo con su asistencia por ante qualquier Escribano de S. M. à quien para ello se comisiona en forma; y evacuado, pidan las partes lo que les convenga. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó à tantos, &c.

NOTIFICACION, ACEPTACION, juramento, obligacion, y fianza del curador.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano de su Número hice notorio el auto anterior à Pedro Sanchez, Procurador de su Juzgado, en su persona, quien enterado del nombramiento que contiene, dixo, que acepta el cargo de curador ad litem de Nicolasa Rodriguez, menor en la edad pupilar, hija de Miguel Rodriguez, difunto; y baxo de juramento que hizo por Dios nuestro

tro Señor, y una señal de Cruz en forma de Derecho, se obliga à usar bien, y fielmente su oficio, y defender à la enunciada menor, no solo en el inventario, tasacion, y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legitimo, sino en todos los pleytos, causas, y negocios civiles, y criminales que tenga al presente, y en lo succesivo se la ofrezcan con qualesquiera personas, y Comunidades Eclesiasticas, y Seculares de todos Estados, y Dignidades, siendo actora, ò demandada, hasta conseguir plenamente lo que intente en su utilidad; y à este efecto hará, y practicará quantos pedimentos, recursos, actos, autos, y diligencias judiciales, y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí dicha menor si fuera mayor, de modo, que por su culpa, omision, ò negligencia no quede indefensa, ni experimente el mas leve detrimento; y para ello se aconsejará de letrados, y personas de ciencia, y conciencia. Y si por no cumplir lo prometido se la irrogare algun daño, lo satisfará, y resarcirá el propio curador con sus bienes, à lo que quiere, y consiente ser apremiado por todo rigor legal. Y para mas exacto cumplimiento de lo expresado, ofrece por su fiador à Juan de tal, que está presente, el qual dixo, que se constituye por tal, y promete, y se obliga à que el nominado curador cumplirá como debe, todo lo que ha ofrecido con la mayor actividad, y en su defecto pagará à la menor todos los daños que la ocasione; y no lo haciendo, los satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha previa excusion en sus bienes, à cuyo fin hace suya propia en este caso la responsabilidad, y deuda agena. Y à todo lo referido se obligan ambos con sus personas, y bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros; dan amplio poder à los Señores Jueces de S. M. y especialmente à los de esta Villa, para que à todo los com-

pe-

pe.an, como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo reciben; renuncian las leyes de su favor, y asi lo otorgan, y firman, à quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

DISCERNIMIENTO DE CURADURIA ad litem.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto la notificacion, aceptacion, juramento, obligacion, y fianza anteriores, dixo, que discernia, y discierne el oficio, y cargo de curador ad litem de la persona, y bienes de Nicolasa Rodriguez menor, à Pedro Sanchez, Procurador del Número, y Juzgado de ella, y le confiere amplio poder, con libre, franca, y general administracion, y tan bastante facultad, como por Derecho se requiere, para que la defienda, asi en el juicio de inventario, y particion de los bienes de Miguel Rodriguez su padre, como en todos los pleytos, causas, y negocios civiles, y criminales que tenga actualmente, y en lo succesivo la ocurran, siendo actora, ò demanda, con qualesquiera personas, y Comunidades Eclesiasticas, y Seculares de todos Estados, y Dignidades, en todos los Tribunales Superiores, è inferiores que convenga, y sea preciso, poniendo demandas, contestando las que pongan à la menor, presentando pedimentos, memoriales, escrituras, y otros documentos justificativos, y haciendo execuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas, y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protextas, recusaciones, juramentos, alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones, y abonos

nos de testigos, comprobaciones de instrumentos, letras, y firmas, y nombramientos de perítos para ellas, y para otras cosas, y reconocimientos que se ofrezcan; forme artículos, è introduzca recursos, los que prosiga, ò se aparte de su prosecucion; decline jurisdicion de los Jueces incompetentes; acuse rebeldias, pretenda, y goce, ò renuncie terminos, y prorrogaciones de ellos; redarguya de falsos, civil, y criminalmente los instrumentos que produxeren los Colitigantes; tache, y contradiga todo lo que por estos se presentare, dixere, y alegare; concluya, oyga autos, y sentencias interlocutorios, y difinitivas; consienta las propicias, y apele, y suplique de las gravosas, y perjudiciales; gane Reales Provisiones, sobrecartas, paulinas, censuras, y otros despachos, los que haga leer, è intimar en dónde, y à las personas contra quiénes se dirijan; y haga, y practíque finalmente todos los pedimentos, actos, autos, y diligencias judiciales, y extrajudiciales que se requieran, y debe practicar, como buen curador ad litem, en utilidad de su menor, hasta conseguir executoria con execucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no baste, de letrados, y personas de ciencia, y experiencia que sepan darsele, para el acierto, y mayor defensa de la referida su menor, de modo, que à ésta no se irrogue detrimento por su culpa, ni morosidad, pena de los daños; pues para todo lo referido, y lo anexo, y dependiente, le confiere dicho Señor Juez poder amplio, con facultad de que por su cuenta, y riesgo pueda substituir ésta curaduría en quién, y las veces que quisiere, revocar los substitutos, y elegir otros; y à todo lo que practicare en utilidad, y defensa de la citada menor, y de sus bienes, interpone su autoridad, y decreto judicial, quanto há lugar en Derecho, y lo firma.= Don F.= Ante mí F.=

NO-

NOTA PRIMERA.

LA curaduria ad litem no es otra cosa que un poder que el Juez, como padre de menores, confiere al curador, para que los defienda en quanto se les ofrezca judicialmente, mediante à que por su menor edad no pueden defenderse por sí en juicio. Quando existen en la pupilar, les debe proveer de el de Oficio; pero en llegando à la pubertad, que en las hembras empieza desde los doce años cumplidos, y en los varones desde los catorce, han de nombrarlo por sí, y proponerselo por pedimento, para que precedidas las solemnidades del juramento, obligacion, y fianza, lo apruebe, y confirme, (que esto es el discernimiento del cargo) y las diligencias se estienden en la forma que las precedentes; y evacuadas, se practícan las de inventario, y tasacion con su citacion en representacion del menor, y de los demás interesados, quienes si quieren asistir, pueden, pues para ello se les cita, y si no, no debe por eso el Escribano comisionado dexar de hacer el inventario, porque la citacion les perjudica, como si lo presenciaran. Si algun heredero se halla ausente en parage de donde pueda regresar prontamente, se le cita por requisitoria, principiando el inventario dentro de los treinta dias legales, para cumplir con el precepto de la ley, y señalandole el competente termino, segun la distancia, à fin de que venga à presenciarlo, ò confiera poder bastante à quien en su nombre lo presencie, apercibiendole, que pasado el termino sin haber comparecido, se continuará el inventario, y le parará el perjuicio que haya lugar. Y si se ignora su paradero, se le cita por edictos, y nombra defensor, que viene à ser lo mismo que el curador ad litem, pues se diferencian solamente en la voz,

y

y en que el defensor se nombra regularmente para defender en juicio los bienes del ausente, ò del concursante, ò la herencia yacente, à fin de que no se menoscaben; y el curador ad litem para defender tambien en juicio al menor, y al que es loco, fatuo, ò desmemoriado en sus causas, y negocios civiles, y criminales, y à sus bienes, aunque sean mayores de veinte y cinco años; por lo que la defensoría se estiende del modo que la curaduría ad litem, mudando solamente las voces.

CITACIONES.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité para la confeccion del inventario que expresan el pedimento, y auto precedentes, à Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, à Manuel, y Lorenzo Rodriguez, hijos de éste, y à Pedro Sanchez, curador ad litem de Nicolasa Rodriguez en sus personas, quienes respondieron están prontos à asistir à él, señalandoles dias, y horas; en vista de cuya respuesta les señalé para desde mañana, que se contarán tantos de este mes, desde tal hora por la mañana hasta las doce, y por la tarde desde tal à tal hora, y asi los demás dias succesivos hasta su conclusion, de que quedaron enterados, doy fé. = F.

PRIMER DIA DE INVENTARIO.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano, estando en la casa en que vivió, y murió Miguel Rodriguez, en uso de la comision que por el auto que motiva estas diligencias, me está conferida, hallandose presentes Manuel, y Lorenzo Rodriguez sus hijos mayores, (que dixeron aceptan la herencia de su padre

con beneficio de inventario, y no de otra suerte) y Pedro Sanchez, curador ad litem de Nicolasa Rodriguez, menor, que tambien lo es suya, requerí con el referido auto à Francisca Lopez su viuda, à cuyo pedimento fue proveido, à fin de que pusiese de manifiesto los bienes que dexó, para inventariarlos, y en cumplimiento de lo mandado manifestó, y por ante mí se pusieron por inventario los siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de ancho, con dos caxones, cerraduras, y llaves, y sus travesaños de hierro.

Una papelera de lo mismo, hechura antigua, con tantas gabetas, y tantos caxones, con sus cerraduras, y llaves.

Seis taburetes de lo propio para asientos de hombre, hechura de moda, cubiertos de damasco de lana, &c.

Aqui se irán poniendo con separacion los demás bienes que se inventarien en el dia, y luego proseguirá.

Y Por ser tal hora de la tarde de este dia, se cesó en este inventario, à fin de proseguirlo mañana à las mismas horas; y los bienes inventariados quedaron en la casa mortuoria, de los que se constituyó depositaria por convenio de todos los interesados la nominada viuda, la qual se dá por entregada de ellos con renunciacion de las leyes de este caso, y se obliga à custodiarlos, tenerlos en deposito, y fiel encomienda, y no entregarlos à persona alguna sin especial mandato del Señor Juez, que de estos autos conoce, ù otro competente, pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las impuestas por Derecho contra los que no dan cuenta de los depositos que la Justicia fia à su cuidado, y demás que haya lugar, à lo qual obliga todos los suyos, muebles, raices, presentes, y futuros, dá poder à los Señores Jueces que de esta causa deben co-

no-

nocer, para que à ello la compelan, como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe, renuncia las leyes de su favor, y asi lo otorga, y firma con los demás interesados, à todos los quales doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

NOTA SEGUNDA.

PUse en las citaciones el señalamiento de dias, y horas para evitar diligencias: y aunque lo regular es ponerlo con separacion, y luego hacerlo saber à las partes, pero esto es arbitrario, y asi cada uno lo hará como quiera, respecto à que en nada se altera la sustancia. Puse tambien en el primer dia la aceptacion de la herencia con beneficio de inventario de los dos hijos mayores, para que no fuesen tal vez perjudicados, mediante no haber dado el pedimento pidiendolo, ni por consiguiente aceptadola en estos terminos; y aunque de su mera confeccion no se induce la aceptacion llana, como senté en el cap. 1. num. 63. lib. 1. de este tratado, pero para evitar dudas, lo mas acertado es que se exprese, ya sea en pedimento, ò en el primer dia, ò en diligencia separada, porque lo que abunda siendo para utilidad, no daña, y jamás perjudican las precauciones.

NOTA TERCERA.

CON arreglo à este primer dia de inventario se han de estender, y continuar los demás, poniendo los bienes por clases, y por menor, sin pasar à otra hasta concluir la principiada, aunque los de ésta se hallen en distintas piezas, y parages; y asimismo se han de poner con sus linderos, cabida, sitio, y señales, por donde pue-

dan ser conocidos, pues asi lo exige el buen orden, y método de claridad, como expuse en dicho cap. 1. num. 16. y 17. y para cesar en el inventario no es necesario autò, aunque el Juez asista, como en algunas partes se practíca, basta expresar la causa por que se cesa; ni tampoco para concluida una clase de bienes, pasar à inventariar la otra, porque el inventario de todas es una diligencia continuada en diversos dias, y para evacuarla es suficiente el primer auto. Concluido el inventario de bienes muebles, raices, y semovientes, se procede al reconocimiento de papeles, y se inventarían por menor, y con separacion los creditos à favor del caudal, y despues las deudas que resulten contra él; y sin embargo de que estas, y aquellos no consten en los libros, papeles, ni asientos del difunto, si el inventariante, ya sea su viuda, hijo, criado, ù otro que esté en su compañia, los sabe, se deben poner por via de declaracion suya, por los motivos expresados en el citado capitulo num. 18. y 19. Y despues de evacuado todo, y en seguida de la diligencia del ultimo dia, ò en otra separada, se cierra, y finaliza el inventario con el juramento, y protesta del inventariante, que por ultimo requisito expliqué en el referido capitulo num. 40. ha de contener, lo qual es para excluir la presuncion de ocultacion, y eximirse de incurrir en la pena de los ocultadores, y no para otro efecto, por lo que no es de esencia para su validacion, como algunos ignorantes piensan, y la diligencia se estiende asi.

CONCLUSION DEL INVENTARIO, juramento, y protesta del inventariante.

Y En la forma expuesta se concluyó el inventario de los bienes, creditos, caudal, y efectos, que se hallaron pertenecer al mencionado Miguel Rodriguez, los quales quedaron en la casa en que vivió, y murió, al cargo, y cuidado de la nominada Francisca Lopez su viuda, la qual constituyó deposito de los inventariados en este dia en los propios terminos que de los que lo fueron en los precedentes; y baxo de juramento que ante mí hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de Derecho, declaró no tenia noticia de otros, y protestó, y se obligó baxo del propio juramento, à que siempre que la tenga, los manifestará, y aumentará à este inventario, para que los interesados no experimenten perjuicio en su importe, y lo firma con los demás, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

TASACION DE BIENES.

AL inventario se sigue la tasacion de los bienes inventariados, para que se sepa su valor, y con arreglo à él se puedan distribuir, y aplicar; bien que para evitar tantos gastos, mejor es hacerlo todo à un tiempo, como en esta Corte se practíca. No habiendo perítos diputados publicamente, deben hacer la tasacion los que lo sean en cada clase, y nombren las partes, y estas proponerlos al Juez por pedimento, ò al Escribano que entiende en el inventario, sin que para ella, siendo separada, se necesiten testigos como en el inventario, porque no es mas que una declaracion de cada perito, y en las declaraciones no de-

debe haberlos; y la diligencia de nombramiento se estiende en esta forma.

NOMBRAMIENTO DE TASADORES.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos, Francisca Lopez, viuda de Miguel Rodriguez, Manuel, y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador ad litem de Nicolasa Rodriguez, tambien su hija, dixeron, que mediante ser preciso tasar los bienes inventariados para efecto de saber su valor, y poder dividirlos, (si à un tiempo se hiciere el inventario, y tasacion) dirá: *Que para que el inventario, y tasacion se evacuen à un tiempo, y con mayor prontitud*, nombran uniformemente para el aprecio de las tierras, viñas, y olivos à F. Agrimensor; para las casas à F. Maestro Alarife; para trastos de madera à F. Maestro Carpintero; para dorado, y pinturas à F. Maestro de exercicio Pintor, &c. à quienes quieren se haga notorio este nombramiento, à fin de que lo acepten. Esto dixeron, y que están prontos à asistir à la tasacion à las horas señaladas, y lo firman, doy fé.=

NOTIFICACION A UN TASADOR.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el anterior nombramiento à F. Maestro Carpintero en su persona, el qual enterado, dixo, acepta el encargo que le está hecho, y se obliga à evacuarlo bien, y fielmente, segun su inteligencia, sin agraviar à los interesados; esto respondió, y lo firma, doy fé.=

PRI-

PRIMER DIA DE TASACION.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, estando en la casa en que vivió, y murió Miguel Rodriguez, à efecto de tasar los bienes que dexó, y están inventariados, hallandose presentes Francisca Lopez su viuda, Manuel, y Lorenzo Rodriguez sus hijos, y Pedro Sanchez, curador ad litem de Nicolasa Rodriguez, menor, tambien su hija, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de Derecho de F. Maestro Carpintero, nombrado para valuar los trastos de madera, quien lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió hacer el aprecio, y tasacion, segun su leal saber, y entender, sin causar agravio; y reiterando la aceptacion que de este encargo tiene hecho ante mí, y haciendola nuevamente en caso necesario, tasó, y valuó por sus respectivos precios los bienes siguientes:

Una mesa de nogal de vara y media de largo, y una de ancho. con dos caxones, cerraduras, llaves, y sus travesaños de hierro, en cincuenta reales..... ∂050.

Una papelera de lo mismo, hechura antigua, con tantas gabetas, y tantos caxones con sus cerraduras, y llaves, en ciento y veinte reales..... ∂120.

Aqui se irá poniendo por menor la tasacion de cada cosa por este orden, y forma, y luego concluirá la de cada dia en la siguiente. ∂.

IMportan los bienes tasados en este dia (si se inventariaren, y tasaren à un tiempo, se dirá: *Inventariados, y tasados*) tantos reales de vellon, salvo error, los que declaró el referido tasador haber estimado, y apreciado bien,

bien, y fielmente, segun su inteligencia, baxo del juramento hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma con los interesados que presenciaron, y expresó ser de tantos años de edad poco mas, ò menos, de que doy fé. =

NOTA QUARTA.

LAS diligencias de los dias succesivos se han de formalizar con arreglo, y por el orden que la precedente, mudando lo que deba mudarse. Y prevengo lo primero, que en la mera tasacion no son necesarios testigos como en el inventario, porque ésta es una declaracion, en la qual no se ponen, como queda expuesto, ni hay ley que lo mande; lo que al contrario, si à un propio tiempo se inventarían, y tasan los bienes, pues entonces son precisos, y el deposito en la forma explicada. Lo segundo, que si el testador no sabe firmar, se ha de expresar asi, pues por este defecto no se anulará la tasacion, si procede en ella con rectitud. Lo tercero, que si está diputado publicamente para tasar, y tiene jurado (como es regular) al tiempo de su ingreso, y recepcion, ni es necesario recibirle el juramento, ni está obligado à jurar en cada tasacion que haga, sino quiere, como he sentado en el referido capitulo n. 69. ni tampoco poner la edad que tiene; pero si no lo está, es preciso uno, y otro. Lo quarto, que si los perítos nombrados por las partes discordaren en el aprecio de alguna, ò algunas cosas, han de nombrar tercero, y no lo haciendo, nombrarlo el Juez de oficio, y se han de estender las declaraciones de todos separadas, y practicarse lo que dexo explicado en el citado cap. 1. desde el num. 79. al 84. segun el caso ocurra. Lo quinto, que del inventario, y tasaciones conviene se dé traslado à los interesados, para que expongan lo que les convenga, asi acerca de

de si algunos bienes se omitieron, ò no, como de si los inventariados fueron, ò no apreciados por lo justo; y no diciendo cosa alguna contra ellas dentro de tres dias siguientes à la notificacion del traslado, proveerá auto, aprobandolo todo, y mandandoles estar, y pasar por ello, con lo qual, ya no pueden reclamarlo pasado el termino de apelar; bien que si los interesados lo presenciaron, no es necesario comunicarles traslado, pues ellos expondrán lo que se les ofrezca; y asi en esta Corte no se les comunica, aunque nada presencien, ni las leyes lo mandan, por lo que no es de esencia para su validacion. Y lo sexto, que para el valor por que se han de inventariar los bienes muebles, y raices que cada conyuge lleva à su matrimonio, ò constante éste hereda, ò le donan, se han de distinguir de clases, y del estado en que se hallen. Si son tierras labrantías, se deben estimar por el que tenian entonces, ya sea mayor, ò menor, porque su dueño conserva su dominio; y el incremento, ò decremento que tengan por solo el tiempo, es propio, y privativo suyo como intrinseco, y no comunicable al otro conyuge, segun senté en el cap. 4. num. 9. lib. 1. de este tratado. Si son edificios, viñas, olivares, huertas con arboles, &c. que no se mejoraron ni, deterioraron constante matrimonio, (lo qual resultará por el cotexo con los titulos de propiedad, y reconocimiento que se haga) se ha de practicar lo propio; pero si se acreditare que hubo mejoras utiles, se han de valuar estas con separacion, especificando en qué consisten, para que su importe se divida; y lo mismo se ha de practicar si hay pérdidas, ò menoscabos conocidos, y resultan gananciales, porque antes de dividir estos, se debe reintegrar cada conyuge del fondo que puso en la sociedad. Los diamantes, piedras preciosas, y otros bienes muebles, que no se consumen, ni deterioran con el uso,

se han de inventariar, y aplicar por el valor que tenian quando los entró su dueño en el matrimonio. Pero sin embargo de lo expuesto, si las partes se conformaren expresamente en que se tasen nuevamente, y apliquen por el precio que se les dé, prevalecerá su convenio, y se estará à él: y una vez prestado su consentimiento expreso, ya no podrán recederse: lo que tendrá presente el Escribano para advertirselo, y evitar pleytos.

INVENTARIO DE OFICIO POR muerte abintestato de alguno.

MUriendo alguno sin disposicion testamentaria, ya sea repentinamente, ò de enfermedad que le perturbó el juicio, y privó de hacerla, y dexando hijos menores, ò herederos ausentes conocidos, ò ignorados, debe providenciar el Juez la custodia de sus bienes, à fin de evitar su ocultacion, y de que sus herederos sean defraudados, y aun poner guardas de vista dentro, y fuera de su casa mientras está enfermo, si es comerciante, ò acaudalado, sin embargo de que tenga muger propia, porque de omitir esta precaucion, peligran los bienes. Si la muerte fue repentina, no solo ha de procurar evitar el estravío de sus bienes, sino mandar justificar la identidad de su persona, para que se le pueda dar sepultura Eclesiastica, y hacer que lo reconozcan Medico, y Cirujano, à efecto de inquirir si la muerte fue, ò no violenta; y en caso de haberlo sido, proceder contra los agresores. Pero si fue natural, y porque la gravedad de la enfermedad le perturbó la cabeza, ò porque sin embargo de estar capáz, y muchos dias enfermo, no quiso testar, (pues hay personas de esta tenacidad) entonces es superfluo el reconocimiento de Medico, y Cirujano, basta justificar su chris-

tian-

tiandad, ò que certifique su Parroco de ella, sin causar mas gastos, para que se le entierre en sagrado, ni en el auto se debe mandar, porque no hay presuncion de violencia, ni perpetracion de homicidio, ni en que fundarla; y las diligencias de prevencion de abintestato se principian por un auto de oficio à la similitud del siguiente.

AUTO PARA PREVENIR UN ABINTESTATO.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, por ante mí el Escribano, el Señor Don F. Corregidor de ella, dixo, se le acaba de dar noticia, que F. ha fallecido de accidente repentino à tal hora, dexando hijos menores, (ò sin herederos conocidos) sin haber hecho disposicion testamentaria. Y para evitar la ocultacion de sus bienes, averiguar la causa de su muerte, justificar la identidad de su persona, y proceder à lo demás que haya lugar, hizo poner este auto de oficio por cabeza de proceso; y en su virtud manda à qualquier Alguacil de este Juzgado, que en mi compañia pase à su casa, y constando ser difunto, recoja todas las llaves, sequestre sus bienes, y los custodie en donde no se extravíen, y proceda al examen de testigos, Medico, y Cirujano que reconozcan el cadaver, à cuyo efecto nos dá comision en forma; y evacuado todo, se trayga para en su vista providenciar lo conveniente: y por este su auto asi lo proveyó, manda, y firma, de que doy fé. =

FE DE MUERTE DEL CADAVER, y requerimiento à la viuda para la entrega de llaves.

INcontinenti el citado Alguacil pasó conmigo à la casa donde viviendo habitaba F. que está en tal calle, y en tal pieza de ella le hallamos al parecer cadaver, porque aunque le llamé por tres veces con voz alta, nada respondió, y conocí ser el mismo que en vida tenia tratado; en cuya vista el mencionado Alguacil requirió con el auto anterior à mi presencia à F. su viuda, para que le entregase todas las llaves de los cofres, arcas, papeleras, y demás trastos en donde están custodiados sus bienes muebles, y papeles; y en su cumplimiento le entregó tantas, que dixo ser todas las que hay de los cofres, arcas, y papeleras, con las que se abrieron, y bolvieron à cerrar, y además de esto, en una pieza que está ácia tal parte, hizo meter todos los muebles que en otras habia, la que dexó tambien cerrada, y recogió su llave, y lo firma, de que doy fé.=

INFORMACION ACERCA DE LA IDENTIDAD del difunto.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, por ante mí el Escribano, F. Alguacil de su Juzgado, en uso de la comision que le está conferida, recibió juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de Derecho de M. vecino de ella, quien lo hizo, como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado; y siendolo por mí al tenor del auto que vá por principio de estos, dixo, que

que conoció de vista, trato, y comunicacion à F. el qual oyó decir falleció en este dia à tal hora de accidente repentino, sin haber hecho disposicion testamentaria, dexando tantos hijos menores; y sabe que el citado F. era christiano, temeroso de Dios, porque le vió oir Misa muchas veces, y frecuentar los Santos Sacramentos de la Penitencia, y Eucharistia. Todo lo qual declaró ser la verdad, y lo que puede decir baxo del juramento que dexa hecho, en que se afirmó, y lo firma con el citado Alguacil, y expresó tener tantos años de edad, de que doy fé.=

NOTA QUINTA.

SEgun queda ordenada esta declaracion, se han de ordenar las de otros dos, ò mas testigos; si la muerte fue repentina, han de reconocer el cadaver Medico, y Cirujano, y sus disposiciones estenderse con los terminos facultativos que digan; y resultando por estas haber sido natural, se provee auto para que se dé sepultura Eclesiastica al cadaver, y se continúan las diligencias de inventario, nombrando curador ad litem à los menores, si existen en la edad pupilar, ò defensor à los herederos ausentes, con cuya citacion, y de la viuda, si la hubiere, se practíca todo, librando requisitorias, y fixando edictos, llamando à los parientes que deben heredar abintestato al difunto, por falta de herederos legitimos.

AUTO PARA QUE SE DE SEPULTURA al cadaver, y se inventarien los bienes.

POR lo que resulta de las precedentes diligencias, se dé tierra sagrada al cadaver de F. en la Iglesia Parroquial de donde fue Feligres, à cuyo fin se saque testimonio de

de este auto, que se entregue à su Parroco; (si hubiere Provisor, ò Vicario en el Pueblo, se dirá: *Con el que se acuda al Señor Vicario de esta Villa, para que conceda à su Parroco la competente licencia*) y hecho, se inventaríen, y tasen los bienes que dexó, con citacion de los interesados, los quales nombren tasadores que los valúen; y mediante la pupilar edad de M. y N. hijos menores del nominado F. se nombra por su curador ad litem à G. Procurador de este Juzgado, con cuya citacion, precedidas las solemnidades de su juramento, obligacion, fianza, y discernimiento, se practíque todo. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó à, &c.

NOTA SEXTA.

RESultando haber sido natural la muerte, no es necesario que el Escribano asista al entierro del cadaver, ni hay para que; pero si resultare que fue violenta, en este caso, como que tiene principio el cuerpo del delito, y es preciso proceder criminalmente, à fin de que no queden impunes los homicidas, se le debe mandar en este auto que lo presencie, y forme pieza separada, poniendo fé del parage, y sepultura en que se le enterró, habito que llevaba, y demás señales, y circunstancias correspondientes, para que si conviniese desenterrarlo, y bolverlo à reconocer, no se dude que es el mismo, ni del homicidio, por lo que influyan los reconocimientos, y demás diligencias, è inquisiciones que se hagan.

NO-

NOTA SEPTIMA.

SOBRE DECLARAR A UN PARIENTE del difunto por su heredero abintestato.

NO habiendo dexado hijos, ni otros herederos forzosos el difunto, se ha de nombrar defensor à los bienes yacentes, fixar edictos en los parages públicos de su Pueblo, y expedir requisitorias à el en donde se tenga noticia que hay parientes suyos, para que se fixen alli tambien, llamandolos, y à sus acreedores con termino perentorio; y si alguno pretende derecho à la herencia, ha de dar pedimento, presentando las Partidas de Bautismos, casamientos, testamentos, y demás documentos que acrediten el grado de parentesco que tenia con él, y pedir que à mayor abundamiento se le reciba informacion de ello, y se le dé la posesion de todos los bienes. A esta pretension debe mandar el Juez, que con citacion del defensor, se reciba la informacion; y que evacuada, se le comunique traslado de todo. El defensor responderá conformandose con la pretension, si no duda de las justificaciones; ò expondrá lo que segun lo resultante de autos se le ofrezca; y no habiendo oposicion, ò aunque la haya, vencidas que sean las dificultades que proponga éste, se declarará al pretendiente por heredero abintestato del difunto, y mandará darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sufragios correspondientes à su calidad, y haberes, y dar cuenta al Juez de haberlo practicado; (pues si no se le precisa à ello en el auto, es regular que nada haga, y que solo piense en disfrutar la herencia) y para la entrega de los bienes, que se requiera al depositario, al qual con testimonio de haberla hecho,

se

se dará por libre del deposito constituido. Y si dexare el difunto hijos, ù otros descendientes legitimos, pretenderán se les declare por herederos, haciendo la informacion de testigos, y presentacion de documentos, y se les declarará baxo la misma obligacion; y en este caso no es menester nombrar defensor, porque la herencia no está yacente, ò vacante, sin tener quien la represente, como en el anterior. Esto es en sustancia lo que se practíca para declarar à alguno por heredero abintestato de otro pariente suyo; y por ser de facil ordenacion, omito estender las correspondientes diligencias.

FORMA DE ESTENDER LOS AUTOS de curaduría ad bona.

PEDIMENTO.

MAria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fue de esta Villa, ante V. m. como mas haya lugar, digo, que el expresado mi marido falleció tal dia baxo del testamento que otorgó ante F. Escribano Real, en el que instituyó por sus herederos à Joseph, y Antonio Alvarez, nuestros hijos procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en la edad pupilar, y por una de sus clausulas me nombró por curadora ad bona de ambos, relevada de fianzas, segun se acredita del testimonio que presento; en cuya atencion: à V. m. suplíco se sirva haberle por presentado, y por lo que resulta de la clausula en él inserta, discernirme el cargo de tal curadora, con la expresada relevacion, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues asi es justicia que pido, y para ello, &c. = Maria Fernandez.

AU-

AUTO.

POR presentado el testimonio que se refiere, y por lo que de él resulta, se aprueba el nombramiento con relevacion de fianzas, hecho por Antonio Alvarez en esta parte de curadora ad bona de Joseph, y Antonio Alvarez, menores hijos de ambos: notifiquesela, acepte, jure, y se obligue, y hecho, se traiga para discernirla el cargo. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó à tantos, &c.

NOTIFICACION, ACEPTACION, juramento, y obligacion de la curadora.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el auto anterior à Maria Fernandez en él contenida en su persona, y enterada, dixo, que acepta el cargo de curadora de las personas, y bienes de Joseph, y Antonio Alvarez sus hijos menores, procreados en su matrimonio con Antonio Alvarez su difunto marido; y baxo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de Derecho, se obliga à usarlo bien, y fielmente, y à que cuidará, educará, y enseñará à dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices à las personas por los tiempos, y precios que les sean mas utiles, y ventajosos, y los defenderá en todos los pleytos que se les muevan, ò necesiten promover con qualesquiera personas, y Comunidades Eclesiasticas, y Seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion, y acierto tomará parecer, y consejo de letrados, y personas de ciencia, y conciencia que sepan darsele, à fin

de que ningun daño se irrogue à los menores, ni à sus bienes por su culpa, omision, ò negligencia; tendrá libro de cuenta, y razon de su administracion para darla con pago siempre que se le mande, y hará todo lo demás à que un buen tutor, y curador ad bona está obligado, y lo mismo que los menores practicarian por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse: à todo lo qual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros, dá amplio poder al Señor Corregidor, que es, y fuere de esta Villa, y à los demás Señores Jueces que de esta causa deban conocer, conforme à Derecho, para que à todo la compelan como por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes, y fueros de su favor, y asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa.

NOTA OCTAVA.

SI el tutor, ò curador ad bona fuese electo de oficio del Juez, es preciso que dé fianzas à su satisfacion; en cuyo caso se debe nombrar curador ad litem à los menores, excepto que ya lo tengan, y en el Auto mandar al tutor que afiance, y dar traslado de las fianzas que presente, al curador ad litem, obligandose el fiador en la aceptacion, y juramento, cómo se ha hecho en la curaduría ad litem, y proponiendose además de esto por pedimento al mismo Juez, à fin de que oyendo al curador ad litem, las apruebe, y no quede en descubierto el Escribano, pues de recibirlas éste, sin preceder dicho requisito, queda responsable, porque es visto recibirlas por su cuenta, y riesgo, y de practicarse lo expuesto, lo quedan

dan el Juez, y curador ad litem solamente. Prevengo, que en esta obligacion no puse renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, Jurisconsulto Veleyano, Toro, Madrid, Partida, y otras, que los Escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente, porque no vienen al caso, ni favorecen à la muger libre, y capáz que por sí misma se govierna, y constituye la obligacion por su hecho propio, como principal, siendolo realmente, segun he sentado en el cap. 4. de mi primera parte, nums. 104. y 105. lo qual advierto al Escribano para que no incida en errores, como hasta ahora lo hicieron todos.

DISCERNIMIENTO DE CURADURIA ad bona.

EN tal parte, à tantos de tal mes, y año, el Señor D. F. Corregidor, &c. habiendo visto la aceptacion, juramento, y obligacion precedentes, dixo que discernia, y discierne à Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, el oficio, y cargo de tutora, y curadora de las personas, y bienes de Joseph, y Antonio Alvarez, menores, sus hijos, y la confiere amplio poder para que mientras subsista viuda, los govierne, alimente, eduque, y enseñe, poniendolos con Maestros que lo practiquen en lo que por sí no pueda instruirlos: administre sus bienes, arrendando los raices à las personas, por los tiempos, precios, y con los pactos que estipulare, y sean mas utiles, y commodos à los referidos menores; y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando à los inquilinos, y colonos, ò despojandolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las Escrituras de arrendamiento, y prorrogacion con las clausulas, y estabilidades

congruentes. Para que pida, y tome cuentas à los que deban darlas à los menores, las que estando arregladas, consienta, y apruebe, y si contuvieren agravios, los exponga, y aclare, hasta que queden sin el mas leve. Para que perciba, y cobre de su Magestad, (que Dios guarde) y de sus Tesoreros, y demás personas, todas las cantidades de maravedis, granos, aceyte, vino, lana, seda, y otras especies, y semillas que toquen à los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, propinas, censos, juros, efectos, consignaciones, legados, herencias, cesiones, lastos, y por otra qualquiera causa, motivo, ò razon, sin reservacion, ni limitacion, aunque aquí no se exprese; y de lo que percibiere, y cobrare, formalice à favor de los deudores los recibos, cartas de pago, y demás resguardos que les convengan, y lastos à los que pagaren por otros como sus fiadores, ò mancomunados. Para que otorgue redenciones, subrrogaciones de los censos que pertenezcan à los menores, percibiendo sus capitales, y bolviendolos à imponer sobre fincas libres productivas, seguras, y saneadas de modo, que no perezcan. Para que defienda à los expresados menores, y à sus bienes en todos los pleytos, causas, y negocios civiles, y criminales que tengan, y en lo succesivo se les ofrezcan con qualesquiera personas, y Comunidades Eclesiasticas, y Seculares de todos estados, y dignidades, siendo actores, ò demandados, à cuyo fin comparezcan en Juicio, y presente pedimentos, &c. (*proseguirá como la curaduría ad litem*) y ultimamente haga, y practique todos los pedimentos, actos, autos, y diligencias judiciales, y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente quanto solicite à beneficio de los enunciados menores, y executoria con execucion de ella, y

las

las que estos si fueran mayores, practicarian por sí sin excepcion; y en lo que su consejo no baste, le tomará de letrados, y personas de ciencia, y conciencia, que sepan darsele; y tendrá libro de cuenta, y razon con cargo, y data, para darla siempre que se la pida; pues para todo lo expresado, y lo incidente, y anexo le confiere el prenotado Señor Corregidor el mas amplio, y eficáz poder, con libre, franca, y general administracion, y facultad de que pueda substituir por su cuenta, y riesgo esta curaduría, ò en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por sí misma no pueda intervenir, revocar los substitutos, y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere; y à todo quanto practíque por sí, ò por medio de sus apoderados, y substitutos en utilidad de los nominados sus hijos, interpone su merced la autoridad de su oficio quanto puede, y há lugar en Derecho, à fin de que tenga mayor validacion; y manda que de éste discernimiento se la dén los testimonios que pida, y que estos autos se protocolicen en los registros de mí el presente Escribano, y lo firma, de que doy fé.=

NOTA NONA.

LA curaduría ad bona es un poder que el Juez confiere al curador para governar, y cuidar de las personas de los menores, y sus bienes, y defenderlos en juicio, y asi es mucho mas que el curador ad litem, que solo es para los pleytos, y habiendo curador ad bona, es superfluo el ad litem, sino que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor, v. g. en la particion, ò en los de cuentas de su encargo, y mala versacion de él, y otros semejantes, pues entonces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el curador ad bona es parte, y co-

colitigante con éste, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demás puede, y los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque à la verdad lo son, y pueden tener trato succesivo por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduría ad litem queda con ellos, por limitarse à lo judicial.

NOTA DECIMA.

SI el menor posee algun oficio, v. g. de Escribano, Procurador, &c. que por su menor edad no puede exercer, se ha de conceder facultad al tutor, ò curador ad bona, para que durante ella nombre quien le sirva, pues al menor, y muger no se despachan titulos en sus cabezas, por estar impedidos de servirlos. Si goza Patronatos Eclesiasticos, y tiene Beneficios, ò Capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su representacion, hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra à hacerla con el mismo menor, ò la apruebe, pues la que haga sin éste, no sirve, porque en cumpliendo los siete años puede hacerla por sí, y comparecer en juicio, sin autoridad del curador, para las cosas beneficiales, y espirituales. Y si el menor llegó à la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin su consentimiento, porque los tutores no se dán à los menores para en quanto à lo espiritual, y eclesiastico, ni en esto dependen de ellos, como he sentado en el cap. 8. de mi primera parte, §. 2. num. 54. No me detengo en explicar los que pueden, ò no ser tutores, y curadores, ni sus obligaciones, por ser materia algo dilatada, nada precisa para el Contador, y tratar de ella varios Autores, por lo que procedo à estender los exemplares de particiones.

EXEM-

EXEMPLARES DE PARTICIONES, à fin de que el Contador lego, y principiante se instruya en el modo de estenderlas, con sus respectivas notas, para su mas clara inteligencia.

EXEMPLAR PRIMERO.

PARTICION DE LOS BIENES QUE dexó el marido, entre su viuda, è hijos de ambos, con mejora, y colacion.

§. II.

EL Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa de tal, Contador nombrado uniformemente por Doña Clara de Vargas, viuda de D. Felipe Ximenez, por D. Joseph Ximenez, y Doña Ana Ximenez, mayores de veinte y cinco años, y esta viuda de D. Santiago Lopez, y por Antonio de Sierra, Curador ad litem de D. Juan Ximenez, menor en la edad pupilar, todos tres hijos de ambos, è instituidos por unicos, y universales herederos del citado D. Felipe en el testamento que formalizó en esta Villa à tantos de tal mes, y año ante F. Escribano de su Numero, baxo del que falleció, cuyo encargo tengo aceptado, y acepto nuevamente en caso necesario; hago liquidacion, cuenta, y particion de todos los bienes, creditos, caudal, y efectos que dexó el expresado D. Felipe, entre su viuda, y herederos, con pre-

presencia, reconocimiento, y escrupuloso examen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos, y concernientes à su evacuacion; y para su mas perceptible inteligencia presupongo:

SUPUESTOS.

I.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA de Vargas.

LO primero, que estando para casarse los prenotados D. Felipe, y Doña Clara, formalizó aquel à favor de esta en tal dia, mes, y año ante tal Escribano carta de pago, y recibo de los bienes que traxo à su matrimonio, y ascendieron à cincuenta mil reales, segun sus tasaciones, inclusos diez mil que llevó en dinero efectivo, por la qual se obligó à debolverla los quarenta mil en bienes equivalentes à justa tasacion, ò en los mismos que existiésen, y los diez mil en dinero, siempre que el matrimonio que habian de contraer, se disolviese: y en el propio dotal contrato la ofreció en arras, y donacion *propter nuptias*, ò como mas hubiese lugar en Derecho, y la fuese util, quinientos ducados de vellon, que confesó cabian en la decima parte de los bienes libres con que entonces se hallaba; y caso que no cupiesen, se los consignó en los que en lo succesivo adquiriese à su eleccion. Y mediante haber cabido entonces, y caber tambien ahora en ella, se la bonificarán integramente, con la calidad de reservarlos à sus hijos, si se bolviere à casar: y asimismo se la bonificará el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado à su

su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se la abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

II.

SOBRE EL CAPITAL, Y HERENCIA DE DON Felipe Ximenez.

LO segundo, que el enunciado D. Felipe despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes, y año ante tal Escribano hizo capital de todos los bienes que à él habia llevado, y ascendieron à ciento y veinte mil reales, de los quales los ochenta mil fueron en bienes raices libres de todo gravamen, y los quarenta mil en muebles, y de todos otorgó à su favor la nominada Doña Clara el resguardo congruente para que siempre constase. Y posteriormente heredó de D. Pedro Ximenez su tio treinta mil reales liquidos, baxada su parte de gastos judiciales, de cuya suma se le aplicaron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun se acredita de la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento, con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia proferida en tal dia por el Señor D. F. Corregidor de esta Villa, ante tal Escribano de su Numero. De modo que el prenotado D. Felipe Ximenez entró en el matrimonio que contraxo con la enunciada Doña Clara, la cantidad de ciento y cincuenta mil reales efectivos, los ciento y veinte al tiempo de su celebracion, y los treinta mil restantes mientras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí res-

ponsabilidades algunas, por lo que no hay meritos, ni motivo para minorar su capital, se estimarán por fondo suyo liquido puesto en ella, y se le abonarán integramente; previniendo, que los bienes raices, y alhajas de plata que llevó, y existen, se aplicarán à sus hijos como primitivo patrimonio de su padre, y no à su viuda, por haber otros con què reintegrarla, asi de su total haber con arreglo à lo estipulado en el contrato dotal, como del luto, lecho, gananciales, y demás que la corresponda por Derecho, y segun la disposicion, y obligacion constituida por su difunto marido.

III.

SOBRE LA DOTE DADA A DOÑA ANA Ximenez por sus padres quando se casó.

LO tercero, que la precitada Doña Ana Ximenez contraxo matrimonio en tal dia de tal año con el enunciado D. Santiago Lopez, y à él llevó, y la dieron sus padres en dote por cuenta de ambas legitimas treinta mil reales en diferentes bienes muebles, dinero, y alhajas de plata, como se acredita del instrumento dotal otorgado por su marido en tal parte, tal dia de dicho mes, y año. Y respecto à que segun real estatuto se deben deducir de los gananciales las dotes, y donaciones *propter nuptias*, aunque el padre solo las dé, ù ofrezca, y que en el caudal inventariado los hay, se la imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta, y retendrá en su poder los otros quince para colacionarlos quando se trate de dividir la herencia materna, como por Derecho se ordena; y los de la paterna se separarán, à fin de no detraer de su importe mejora, ni legado de quota,

ta, especie, ni cantidad, cumplir de esta suerte con el legal precepto, que prohibe se saquen mejoras de las dotes, y donaciones que se colacionan, y no perjudicar à la Doña Ana, ni coherederos en cosa alguna de su legitimo haber. Y deducida de lo liquido del caudal paterno la mejora de tercio, y quinto, se unirán los relacionados quince mil reales al residuo para la division igual de legitimas entre todos tres partícipes, aplicandolos en vacío, ò entrada por salida à la Doña Ana, como recibidos, y lo que la falte para completar la suya, en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende à quarenta mil reales, no se la cargarán ahora, ni quando su madre muera, los diez mil restantes, à causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí poceder de dadivas, y regalos que varias personas por afecto, y no por mera contemplacion de aquellos la hicieron, como en ella se refiere; y asi en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

IV.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON FELIPE Ximenez.

LO quarto, que el nominado D. Felipe falleció en esta Villa en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes, y año, ante tal Escribano, por el qual despues de hacer la protestacion de la Fé, è invocar el patrocinio de los Santos, mandó se sepultase de secreto su cadaver sin la menor pompa, ni fúnebre aparato en su casa, ni en la Iglesia: que por su alma se celebrase Misa de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso en el dia de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente: y por su alma, las de sus pa-

dres, y demás de su obligacion, doscientas rezadas, con limosna de à quatro reales cada una, dexando al arbitrio de sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las Iglesias, y Altares que eligiesen, por tocar las cincuenta restantes como quarta parte de todas à la Parroquia. Legó por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y Redencion de Christianos Cautivos veinte reales, y otros veinte para ayuda à la curacion de los pobres enfermos de los Reales Hospitales General, y Pasion de esta Villa. Legó tambien à su muger quinientos ducados de vellon en dinero, y otros quinientos à su hija Doña Ana, consignando los de ésta en tales bienes raices; y si su tasacion excediese à ellos, mandó que se la aplicase el exceso en parte de legitima, y no completando su valor, que lo que faltase se la supliese en dinero. A Juan de tal, su criado, legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal, y tal color, quasi nuevos, y dos mudas enteras de ropa blanca interior, con dos camisolas, y dos corbatines, todo nuevo, de los de su uso, y asimismo la cama completa en que dormia, incluyendo en ella el armazon de madera, los dos colchones, quatro sabanas, quatro almohadas con dos fundas, y la manta, y colcha que usaba: y à Maria, su criada, cien ducados en dinero, y su cama en igual forma. Declaró la dote, y capital que él, y su muger llevaron à su matrimonio, y lo que queda relacionado heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado à dicha Doña Ana su hija en cuenta de ambas legitimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, todo lo qual expresó resultaria de sus papeles, y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes à su hijo D. Joseph, y en el tercio al D. Juan, consignando à éste para parte de pago de su mejora tal, y

tal

tal finca raiz y si no la completasen, mandó se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios, con facultad de in solidum, y prorrogacion del termino legal, à D. Pedro, Sancho, y Diego de tal, y por tutora, y curadora ad bona del D. Juan su hijo menor à su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales à sus tres hijos unicos D. Joseph, D. Juan, y Doña Ana Ximenez. Y revocó, y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hecho: que es quanto sustancialmente resulta del prenotado testamento, que à este efecto tuve presente. Con arreglo al qual, y al precepto legal, se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables, y de él se baxarán los gastos de su funeral, Misas, y entierro, y los legados especificos, y genericos que hizo, aplicandose à Doña Clara el suyo, con la obligacion en caso de hacer transito à segundas nupcias, de reservarlo al D. Joseph, à quien corresponde por su mejora: y el residuo que quede de él, se adjudicará à éste; y luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarlo à D. Juan: y el sobrante, despues de deducidos quinto, y tercio, se unirá à los quince mil reales, que en parte de legitima paterna, y como recibidos, debe colacionar la Doña Ana; todo lo qual se hará un cuerpo, y dividirá con igualdad entre los tres, aplicando à ésta en vacío, ò entrada por salida los mencionados quince mil reales, y en bienes efectivos lo que la falte para completar su legitima diminuta, y legado que la hizo su padre, como en el anterior presupuesto queda advertido.

V.

V.

SOBRE EL INVENTARIO FORMALIZADO, liquidacion, y division del caudal inventariado, y colacionado.

Y Lo ultimo, que en consecuencia del fallecimiento del expresado D. Felipe acudieron la nominada Doña Clara de Vargas su viuda, y sus dos hijos mayores en tal dia ante el Señor D. F. Corregidor de esta Villa, y por la Escribanía numeraria de F. con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion, y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosi, con la de que se proveyese de su curador *ad litem* al menor, à la que defirió, eligiendo por tal al prenotado Antonio de Sierra, à quien precedida la solemnidad legal, discernió el cargo; y con asistencia de todos se formalizó el inventario, y tasacion de quantos se hallaron pertenecerle, y ascendieron à quatrocientos veinte y nueve mil reales en esta forma: En tierras de pan llevar treinta mil reales: en viñas veinte mil: en olivares sesenta mil: en casas quarenta mil: en trastos de madera ocho mil: en pinturas, y dorado seis mil: en ropa blanca usada, y en pieza catorce mil: en vestidos de lana, y seda diez mil: en colchones, mantas, y fundas mil y ochocientos: en cobre, peltre, y azofar quatro mil: en plata labrada sin hechuras, veinte mil: en diamantes por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil: en trigo de su cosecha doce mil: en cebada seis mil: en garbanzos mil y quinientos: en centeno, y avena quinientos: en algarroba ochocientos: en vino nueve mil: en aceyte diez y ocho mil: en aperos de labor quatro mil: en bueyes, y bacas qua-

quatro mil: en mulas, yeguas, y un caballo con sus aperos diez y nueve mil: en paja dos mil: en ganado lanar treinta y quatro mil: en barbechos sin sembrar, seis mil: en deudas cobrables veinte mil: y en dinero efectivo sesenta mil y quatrocientos; cuyas veinte y siete partidas suman (salvo error) los mencionados quatrocientos veinte y nueve mil reales de vellon, total importe del caudal inventariado por muerte del enunciado D. Felipe Ximenez. De estos se harán con arreglo al legal precepto, à lo que resulta de los documentos relacionados, y à la ultima disposicion de dicho D. Felipe, las deducciones generales, y particulares, y la distribucion, y aplicacion correspondientes à los interesados en ellos; y en primer lugar, y como privilegiada la de la dote de la referida Doña Clara importante cincuenta mil reales. En segundo la de los diez mil que dicho D. Felipe estaba debiendo à sus criados, y otras personas quando falleció, segun por extenso se acredita en la ultima diligencia, y declaracion del inventario, que por estar satisfechos, no se formará hijuela de deudas. Y en tercero la de los ciento y cincuenta mil que entró como capital en su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos y diez mil reales; y baxadas del total, resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil, de los quales se deducen mil y trescientos, que los suman los bienes de que se compone el lecho quotidiano que ambos usaban, y se ha de aplicar à la Doña Clara, mediante permanecer viuda, y quedan de gananciales liquidos, partibles con igualdad, doscientos diez y siete mil y setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital del D. Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales: de los quales, baxados seis mil y quinientos, los cinco mil y qui-

quinientos por las arras que ofreció à su muger, y los mil por el luto ordinario, que segun costumbre deben dar sus herederos, queda reducido su haber à doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta: y baxado éste, resultan de caudal doscientos un mil ochocientos y ochenta, de los quales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedis; y hecha esta deduccion, quedan para legitimas ciento treinta y quatro mil quinientos ochenta y seis y veinte y tres maravedis, à los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta que Doña Ana Ximenez tiene recibido, y debe colacionar en cuenta de su legitima paterna, como se ha prevenido en el presupuesto tercero, y al fin del quarto, y con ellos asciende el total de legitimas à ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedis, de cuya suma tocan à cada hijo quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis. Por lo respectivo à la liquidacion del quinto, importante los prenotados cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, se deben baxar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales y veinte y seis maravedis, que los importan el funeral, Misas, y entierro de dicho D. Felipe, los legados que hizo, y los derechos de visitar su testamento, y queda reducido à treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales y ocho maravedis, los que se aplicarán à su hijo D. Joseph, como mejorado en su residuo con el importe de su legitima. Segun esta liquidacion resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende à ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales, en esta forma: Cincuenta mil por su dote, ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil y quinientos por sus arras, mil por el

lu-

luto, mil y trescientos por el lecho, y cinco mil y quinientos por el legado que la hizo su marido. El de D. Joseph à ochenta y dos mil seiscientos y sesenta reales y quince maravedis, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedis por su legitima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y ocho y ocho maravedis por el residuo del quinto. El de D. Juan à ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales y diez y ocho maravedis, los quarenta nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedis por su legitima, y los sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedis por su mejora del tercio. Y el de Doña Ana à cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedis, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedis por su legitima, y los cinco mil y quinientos por el legado que la hizo su padre: y unidos estos haberes, los diez mil reales de las deudas comunes, y el importe del funeral, Misas, entierro, legados de criados, y derechos de visita del testamento: y agregados à estas partidas dos maravedis, de que por tener incomodisima, è imposible division, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo merito, componen quatrocientos quarenta y quatro mil reales, total caudal inventariado, y colacionado: y baxados los quince mil traidos à colacion, queda reducido à los quatrocientos veinte y nueve mil inventariados; y se previene, que nada se abona à la viuda por via de alimentos, ni intereses de dote retardada, à causa de haber estado viviendo con sus hijos, y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento de caudal en el corto tiempo de la proindivision, segun se me ha informado. Con arreglo à todo lo

qual procedo à formar el cuerpo de hacienda, liquidacion, y deducciones de él en la forma siguiente:

CUERPO DE HACIENDA.

SE ponen por caudal treinta mil reales de vellon, en que se han valuado las tierras de pan llevar, inventariadas por muerte de Don Felipe Ximenez..... 30ℬ.
Idem, veinte mil reales, à que ascienden las viñas que dexó..... 20ℬ.
Idem, setenta mil reales, en que se valuaron los olivares que se hallaron pertenecerle.... 60ℬ.
Idem, quarenta mil reales, total precio liquido de dos casas que poseía en tal, y tal calle..... 40ℬ.
Idem, ocho mil reales, importe de los trastos de madera, y menage de su casa..... 8ℬ.
Idem, seis mil reales, en que se apreciaron las pinturas, y dorado..... 6ℬ.
Idem, catorce mil reales, valor que se dió à la ropa blanca usada, y en pieza..... 14ℬ.
Idem, diez mil reales, à que ascendió la tasa de los vestidos de lana, y seda..... 10ℬ.
Idem, mil y ochocientos reales en colchones, mantas, y fundas para almohadas..... 1ℬ800.
Idem, quatro mil reales en cobre, peltre, y azofar..... 4ℬ.
Idem, veinte mil reales en plata labrada, sin hechuras..... 20ℬ.
Idem, diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio..... 18ℬ.

Idem,

Idem, doce mil reales en tantas fanegas de trigo..... 12ℬ.
Idem, seis mil reales en tantas de cebada..... 6ℬ.
Idem, mil y quinientos reales en tantas arrobas de garbanzos..... 1ℬ500.
Idem, quinientos reales en tantas fanegas de centeno, y tantas de abena..... ℬ500.
Idem, ochocientos reales en tantas fanegas de algarroba..... ℬ300.
Idem, nueve mil reales en tantas arrobas de vino..... 9ℬ.
Idem, diez y ocho mil reales en tantas de aceyte..... 18ℬ.
Idem, quatro mil reales en aperos para la labor..... 4ℬ.
Idem, otros quatro mil reales en tantos bueyes, y bacas..... 4ℬ.
Idem, diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas, y un caballo con sus guarniciones..... 19ℬ.
Idem, treinta y quatro mil reales en tantas cabezas de ganado lanar..... 34ℬ.
Idem, dos mil reales en tantas arrobas de paja..... 2ℬ.
Idem, seis mil reales, en que se estimaron los barbechos sin sembrar..... 6ℬ.
Idem, veinte mil reales en deudas à su favor, cobrables..... 20ℬ.
Idem, sesenta mil y quatrocientos reales en dinero..... 60ℬ.

Total importe del caudal inventariado... 429ℬ.

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de

dicho Don Felipe Ximenez (salvo error) à quatrocientos veinte y nueve mil reales de vellon, segun aparece de la suma general de las veinte y siete partidas anteriores, y de ellos se hacen las deducciones siguientes:

BAXAS COMUNES, O GENERALES.

SE baxan del cuerpo de caudal inventariado cincuenta mil reales de vellon, los mismos que consta haber llevado en dote à su matrimonio Doña Clara de Vargas, segun queda sentado en el primer presupuesto..... 50∂.

Idem, diez mil reales, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la ultima declaracion del inventario, que por estar ya satisfechas, no se individualizan..... 10∂.

Idem, ciento y cincuenta mil reales, à que ascienden los bienes que Don Felipe Ximenez llevó à su matrimonio quando lo contraxo, y heredó en su intermedio de su tio Don Pedro Ximenez..... 150∂.

Total de baxas comunues..... 210∂.

Resultan de gananciales..... 219∂.

Importan las baxas comunes hechas del caudal inventariado doscientos y diez mil reales de vellon, que conferidos con los quatrocientos veinte y nueve mil inventariados, resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil reales de la propia especie, de los quales se hace la siguiente deduccion.

BA-

BAXA DE LOS GANANCIALES.

SE deducen de los gananciales mil y trescientos reales, que los importan los colchones, y demás cosas de que se compone el lecho, que quotidianamente usaban el Don Felipe, y su viuda, y corresponde à ésta, mediante existir sin casarse..... 1ⅅ300.

Quedan de gananciales liquidos partibles con igualdad..... 217ⅅ700.

Cuya mitad son..... 108ⅅ850.

De los doscientos diez y nueve mil reales, à que ascienden los gananciales adquiridos por los referidos Don Felipe, y su muger durante su matrimonio, baxando mil y trescientos, que los importan los bienes de que se compone el lecho quotidiano, quedan liquidos partibles entre ambos con igualdad, doscientos diez y siete mil y setecientos: cuya mitad respectiva à cada uno son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta, segun se figura; por lo que se procede à liquidar el haber del Don Felipe, y à hacer de él las deducciones correspondientes.

NOTA PRIMERA.

EN la liquidacion precedente baxé en primer lugar la dote por las razones expuestas en el cap. 3. num. 4. lib. 1. de este tratado. En segundo las deudas contra el caudal de la sociedad, porque hasta que se pagan no hay utilidades, y el marido en caso de no haber gananciales, debe satisfacerlas del suyo, y no su muger, como he ad-

advertido en el citado capitulo, §. 3. nums. 59. 65. y 66. Y en tercero el capital del marido, porque como fondo puesto en la sociedad conyugal, se debe deducir antes, para ver si hay, ò no gananciales; bien que habiendo para pagar las deudas, y partir, lo mismo es baxar antes el capital, que estas: lo que al contrario si igualan, ò exceden à los gananciales, como senté en el referido capitulo §. 2. nums. 57. y 58. De los que resultaron despues de hechas las tres deducciones relacionadas, deduxe el importe del lecho, con arreglo à lo explicado en el cap. 6. de dicho lib. 1. §. 3. nums. 58. y 59. y en caso de no haber gananciales, se observará lo que alli se advierte por las razones que se exponen. Previniendo, que el no haber agregado al caudal inventariado los quince mil reales que los padres de Doña Ana la dieron de los gananciales, fue porque la madre está obligada à dotar de ellos como el padre, y asi ni hay perjuicio, ni tiene accion à reclamar su mitad: lo que al contrario si fuere madrastra, pues entonces se agregará lo que el padre entregue à sus hijos del caudal del segundo matrimonio, para que no sea perjudicada en su parte de utilidades, porque no tiene obligacion de dotar, alimentar, ni hacer donacion à sus entenados. Y lo propio milita para con el padrastro, por identica razon.

HABER DE DON FELIPE XIMENEZ.

A Don Felipe Ximenez, y en su representacion à sus hijos, tocan por el capital, y herencia entrados en su matrimonio ciento y cincuenta mil reales..... 150ℳ.

Idem, por su mitad liquida de gananciales cien-

ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales..... 108850.

Total haber suyo..... 258850.

BAXAS DE ESTE HABER.

POR las arras que ofreció à su muger quando se casaron los dos, cinco mil y quinientos reales..... 5500.

Por el luto ordinario que sus herederos deben darla, segun costumbre, se la regulan mil reales..... 1000.

Importan estas dos deducciones..... 6500.

Queda reducido su haber à..... 252350.

DISTRIBUCION DEL CAUDAL LIQUIDO de Don Felipe Ximenez entre sus hijos.

EL caudal liquido del referido Don Felipe son doscientos cinquenta y dos mil trescientos y cincuenta reales..... 252350.

Importa el quinto de estos..... 50470.

Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora..... 201880.

El tercio de estos son..... 67293...11.

Quedan para legitimas..... 134586...23.

Aumento por via de colacion à las legitimas.

Se aumentan al caudal que queda para legitimas paternas, por lo que Doña

Ana

Ana Ximenez tiene recibido à cuenta de la suya quince mil reales..... 15ø.

Total de legitimas..... 149ø586...23.

Tocan à cada uno de los tres hijos de Don Felipe Ximenez por su legitima paterna..... 49ø862... 7.

Asciende el total haber de D. Felipe Ximenez à doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales de vellon; y baxados de ellos los seis mil y quinientos, importe de las arras, y luto de su viuda, quedan liquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, de los quales el quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales y once maravedis: por lo que hay para distribuir ciento treinta y quatro mil quientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedis, à los que agregando los quince mil, que debe colacionar Doña Ana Ximenez, compone el total de legitimas ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedis, y de estos tocan à cada uno de sus tres hijos quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis.

LIQUIDACION, Y DISTRIBUCION del quinto.

EL quinto de los bienes de Don Felipe Ximenez asciende à cincuenta mil quatrocientos y setenta reales de vellon..... 50ø470.

BA-

BAXAS DE EL.

SE baxan mil y ochocientos reales, importe del funeral, y entierro, segun consta de recibos.....	1∂800.
Idem, doscientos once reales y veinte y seis maravedis, limosna de las cincuenta Misas de quarta Parroquial à quatro reales y ocho maravedis de cera, y oblata.....	∂211...26.
Idem, seiscientos reales por las ciento y cincuenta restantes à quatro reales.....	∂600.
Idem, veinte reales legados à las mandas forzosas.....	∂020.
Idem, otros veinte à los Reales Hospitales.....	∂020.
Idem, cinco mil y quinientos que legó à su muger.....	5∂500.
Idem, otros tantos que legó à su hija.....	5∂500.
Idem, dos mil y doscientos, importe del legado que en dinero efectivo, y otros bienes hizo à su criado.....	2∂200.
Idem, mil y ochocientos por el que hizo à su criada en dinero, y cama.....	1∂800.
Idem, veinte reales, importe de los derechos de visitar el testamento.....	∂020.
Importan estas deducciones.....	17∂671...26.
Total del quinto.....	50∂470.
Liquido sobrante del quinto.....	32∂798... 8.

El quinto de los bienes privativos de Don Felipe Ximenez suma cincuenta mil quatrocientos y setenta reales,

de los quales deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno y veinte y seis maravedis, à que ascienden los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y ocho y ocho maravedis, los que se aplicarán à su hijo Don Joseph, como mejorado en su remanente à mas de su legitima.

RESUMEN, Y LIQUIDACION DE LO que toca à cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

HABER DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

DOña Clara de Vargas debe haber por su dote.....	50ↀ.
Idem, por su mitad de gananciales.....	108ↀ850.
Idem, por sus arras.....	5ↀ500.
Idem, por el luto ordinario.....	1ↀ.
Idem, por el lecho quotidiano.....	1ↀ300.
Idem, por el legado que su marido la hizo.....	5ↀ500.
Total haber de Doña Clara.....	172ↀ150.

Haber de Don Joseph Ximenez.

Don Joseph Ximenez debe haber por su legitima.....	49ↀ862... 7.
Idem, por el residuo del quinto.....	32ↀ798... 8.
Total haber de Don Joseph.....	82ↀ660...15.

Ha-

Haber de Don Juan Ximenez.

Don Juan Ximenez debe haber por su legitima.....	49ⅅ862... 7.
Idem, por su mejora del tercio.....	67ⅅ293...11.
Total haber de Don Juan.....	117ⅅ155...18.

Haber de Doña Ana Ximenez.

Doña Ana Ximenez debe haber por su legitima.....	49ⅅ862... 7.
Idem, por el legado de quinientos ducados que la hizo su padre.....	5ⅅ500.
Total haber de Doña Ana.....	55ⅅ362... 7.

De la liquidacion, y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales: el de Don Joseph ochenta y dos mil seiscientos y sesenta, con quince maravedis: el de Don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco y diez y ocho maravedis: y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil treszientos sesenta y dos y siete maravedis: y con arreglo à ellas, y à lo prevenido en los presupuestos procederé à formar las respectivas adjudicaciones à los interesados.

COMPROBACION DE ESTA CUENTA.

POR el importe de las deudas contra el caudal.....	1ⅅ.
Por el haber de Doña Clara de Vargas....	172ⅅ150.
Por el haber de Don Joseph Ximenez.....	82ⅅ660...15.

Por el de Don Juan Ximenez.....	117ʊ155...18.
Por el de Doña Ana Ximenez.....	55ʊ362... 7.
Por el funeral.....	1ʊ800.
Por la limosna de las doscientas Misas.....	ʊ811...26.
Por el legado hecho à las mandas forzosas.....	ʊ020.
Por el de los Reales Hospitales.....	ʊ020.
Por el legado de su criado.....	2ʊ200.
Por el de su criada.....	1ʊ800.
Por dos maravedis que faltan para completar el total caudal, de los quales, por ser de incomodisima, è imposible division entre los tres herederos, y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo merito...	ʊ. 2.
Total caudal incluso el colacionado.	444ʊ.
Baxanse como colacionados.....	15ʊ.
Quedan de caudal.....	429ʊ.
Importa el inventariado los mismos.	429ʊ.
Igual.....	ʊ.

NOTA SEGUNDA.

POR esta segunda liquidacion advertirá el Contador: Lo primero, que el haber de Don Felipe Ximenez consiste en el capital, ò fondo que entró en la sociedad conyugal, y en la mitad de bienes multiplicados en su matrimonio. Lo segundo, que de este total, y no de el cuerpo de hacienda se deduxeron como deuda privativa suya las arras que ofreció à su muger, con arreglo à lo explicado en el cap. 6. num. 23. lib. 1. de este tratado, por haber sido prometidas solamente, y no renunciado su mu-

muger los gananciales; pero si el marido se las diere, y ella las incorporare, ò no en el contrato de recepcion de dote, y no hubiere gananciales, ò aunque los haya, si los renunciare la muger, se observará lo que con distincion de casos está expuesto en los nums. 20. 21. y 22. del mismo capitulo. Lo tercero, que tambien se deduxo el luto ordinario de ella, y no el de los herederos, por las razones expresadas en el citado cap. 6. nums. 53. y 54. Lo quarto, que del caudal sobrante, despues de hechas las referidas deducciones, se sacó el quinto, y del residuo el tercio, segun lo dispone la ley 214. del estilo, y expliqué en el cap. 2. nums. 46. y 47. lib. 2. de este tratado; y ninguno de ellos se deduxo del total haber del Don Felipe, porque las arras, y luto son debito contra él, y hasta que se separan las deudas, y responsabilidades, no hay tercio, quinto, ni herencia. Lo quinto, que despues de deducidos el tercio, y quinto, se aumentó al resto del haber del difunto lo colacionado por su hija, y no al total haber, ni al sobrante despues de sacado el importe de las arras, y luto, porque entonces serían mayores el tercio, y quinto, y menores las legitimas; se infringiria el precepto de la ley 25. de Toro, que prohibe sacar mejora de lo que se colaciona; y se haria de la naturaleza de mejora lo que se dió en el concepto de legitima, pues no se debe unir à otro caudal, que al destinado para legitimas, à fin de que los interesados queden igualados, y ninguno perjudicado en ellas, como senté en el cap. 3. §. 4. nums. 139. y 140. de dicho lib. 2. Pero si precedió mejora irrevocable à la dote, ò esta fue inoficiosa, se girará la cuenta con arreglo à lo prevenido en los nums. 145. y 146. Y si el padre hizo donacion simple al hijo, ò le mejoró irrevocablemente en vida, entregandole el todo, ò parte de la mejora, se observará lo

ex-

explicado en los nums. 151. y 156. al 158. y 163. y siguientes. Y lo sexto, que del total importe del quinto, y no del privativo cúmulo de caudal del difunto se baxaron los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, porque entre descendientes asi lo ordena la ley 30. de Toro, y queda advertido en el cap. 1. nums. 31. al 33. y cap. 6. num. 110. del referido lib. 2. Todo lo qual deberá observar siempre el Contador en casos semejantes, para no infringir las leyes, ni perjudicar à los interesados.

HABER DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

DOña Clara de Vargas, viuda de Don Felipe Ximenez, debe haber por su dote cincuenta mil reales.....	50∂.
Idem, por su mitad de gananciales ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta reales....	108∂850.
Idem, por las arras que su marido la ofreció quando se casaron, cinco mil y quinientos reales.....	5∂500.
Idem, por el luto ordinario mil reales.....	1∂.
Idem, por el lecho quotidiano mil y trescientos reales.....	1∂300.
Idem, por el legado que su marido la hizo, cinco mil y quinientos reales.....	5∂500.
Total haber de Doña Clara de Vargas...	172∂150.

Asciende el haber de Doña Clara de Vargas, por todos sus derechos, à ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales de vellon, de los quales se la hará pago con los bienes siguientes:

AD-

ADJUDICACION, Y PAGO.

SE aplican à Doña Clara de Vargas quatro tierras de pan llevar, sitas en termino de esta Villa, y pago llamado *N.* que están unidos, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por Oriente con el arroyo nombrado *M*; por Poniente con la senda que desde esta Villa vá à la de tal; por setentrion con tierras del vinculo de *F*; y por Mediodia con otras de *G*; cuyas tierras adquirieron dicha Doña Clara, y su marido durante su matrimonio, por venta que en precio de tres mil reales de vellon formalizó à su favor F. de tal, vecino de esta Villa, à tantos de tal mes, y año, ante F. Escribano de su Número; las quales para esta particion se valuaron en la misma cantidad..... 3ø.

Idem, se la adjudican, &c..... ø.

Total de bienes aplicados.....	172ø150.
Total haber suyo.....	172ø150.
Queda pagada enteramente.....	ø.

Importan los bienes aplicados à Doña Clara de Vargas ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales de vellon; y lo que debe percibir por todos sus derechos, la misma cantidad; por lo que queda pagada enteramente de ellos.

HIJUELA PARA DOÑA ANA XIMENEZ.

DOña Ana Ximenez, una de los tres hijos, y herederos que dexó Don Felipe Ximenez, debe haber por su legitima paterna quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis..... 49ⅅ362...7.

Idem, por el legado que su padre la hizo, cinco mil y quinientos reales..... 5ⅅ500.

Total haber de Doña Ana Ximenez.. 55ⅅ362...7.

Importa el total haber de Doña Ana Ximenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedis de vellon, de los que se la completará con los bienes siguientes:

ADJUDICACION, Y PAGO.

SE dan en pago à Doña Ana Ximenez quince mil reales de vellon, los mismos que en cuenta de su legitima paterna percibió quando se casó, segun queda sentado en el presupuesto tercero; por lo que se la aplican en vacío como recibidos..... 15ⅅ.

Item, se la aplican, &c..... ⅅ.

Total de bienes aplicados à Doña Ana.. 53ⅅ362...7.

Total haber suyo..... 55ⅅ362...7.

Queda pagada enteramente..... ⅅ.

Ascienden los bienes aplicados à Doña Ana Ximenez à cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y sie-

siete maravedis de vellon, y lo que debe haber por sus derechos la propia suma; por lo que queda pagada enteramente de ellos.

NOTA TERCERA.

OMití en las dos adjudicaciones anteriores insertar todos los bienes, por evitar prolixidad inutil, y ser cosa puramente material que el Contador puede hacer, observando en todas, y cada una la proporcion posible, y correspondiente al haber de cada partícipe en toda clase de bienes, y las catorce reglas prescriptas en el cap. 2. §. 2. num. 39. al 53. lib. 1. de este tratado, y aplicando los bienes consignados à las personas à quienes hizo la consignacion el testador: Previniendo lo primero, que lo mismo es anteponer, que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra, para evitar confusion, y que se sepa si se guardó la posible analogía, ò proporcion en todas. Lo segundo, que de los bienes se deben expresar sus sitios, linderos, cabida, mensura, y demás señales por donde puedan ser conocidos sin equivocacion; y si se quisiere, se podrán relacionar los titulos de propiedad en cada Partida, si cada finca los tiene diversos, y si no, en cada dos, ò mas que comprehendan, pero esto no es preciso, ni de esencia de la particion. Y lo tercero, que si alguna interesada es muger casada, se la ha de hacer la aplicacion, nombrandola primero en su adjudicacion, y diciendo luego: *Y en su nombre, y como su marido, y conjunta persona à F.* y que si hay menor, fatuo, loco, ò desmemoriado, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion à su tutor, ò curador *ad bona*, que son las respectivas personas que de-

deben percibir por ellos la herencia, las quales se mencionarán tambien en el exordio de la particion: y concluidas todas las adjudicaciones, se harán las declaraciones siguientes, ù otras que sean convenientes, y precisas.

DECLARACIONES.

I. SE declara, que siempre que aparezcan algunos otros bienes, creditos, y efectos correspondientes à este caudal, se deberán tener, y estimar por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes; y lo mismo deberá practicarse con los debitos, cargas, y responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido presentes, no se han deducido: por lo que todos los interesados quedan respectiva, y proporcionalmente ligados, y sujetos à su solucion, al modo que con igual derecho al percibo de aquellos.

II. Igualmente se declara, que si alguna, ò algunas de las fincas raices inventariadas, y aplicadas en el concepto de libres, resultaren estar vinculadas, ò pertenecer total, ò parcialmente à tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaria: el importe principal de ellas, y las impensas que se originen à la persona à quien se han adjudicado, ò à la que en lo succesivo la represente, en caso que se la mueva litigio sobre su reivindicacion, como tambien los daños que experimente, se deberán tener por menos caudal, y los otros partícipes bonificarle sin escusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor principal de ellas, y de los perjuicios; pero deberá seguir, y defender el pleyto que se suscite, citando de eviccion conforme à Derecho, y no de otra suerte à los demás interesados, y hasta que se executorie,

no tendrá derecho à intentar el regreso, ò repeticion.

III. Asimismo se declara, no se ha formado hijuela de deudas, à causa de estar satisfechas no solo las comunes que quedan deducidas, sino las del quinto, con el dinero que se inventarió; por lo que solo se hizo distribucion, y aplicacion de lo liquido que à cada partícipe correspondió.

IV. Se declara tambien, que de las escrituras, y demás documentos, y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas, se deben entregar respectivamente à cada interesado los correspondientes à las que lleva adjudicadas, para acreditar su legitimidad, y que con el testimonio de su adjudicacion le sirvan de resguardo, y titulo de pertenencia en todo tiempo.

V. Ultimamente se declara, que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones, que con insercion de los presupuestos, sentencia, y de estas declaraciones se han de dar à los interesados, papel gastado, y demás diligencias que ocurran hasta la entera evacuacion de todo, y los del curador ad litem del menor no van considerados, ni deducidos; por lo que se deberán tasar por la persona que elija el Señor Juez de esta testamentaría, con separacion, de los que corresponde à cada uno de los que en ello intervinieron, y especificarse en la tasacion lo que à cada partícipe toca satisfacer por su parte: y à mas de los derechos comunes à todos deberá satisfacer el menor à su curador los suyos privativos. Con cuyas declaraciones concluyo esta particion, que con arreglo à los documentos que se me manifestaron, y debolví à quien me los entregó, y baxo del juramento hecho, executé, bien, y fielmente, segun mi inteligencia, sin causar agravio à los interesados, por lo que la firmo en esta Villa de tal, à tantos de tal mes, y año, &c.

NOTA QUARTA.

SE previene, que si quedare algo sin dividir à causa de estar en litigio, ò por otra obstativa, se declarará; y si hubiere motivos para hacer mas declaraciones se harán. Y asimismo, que las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda, ò hijo mayor, y mas seguro, y puntual para su pago, poniendose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le aplican para su satisfaccion, como se advertirá en el siguiente exemplar. El modo de hacer la tasacion de derechos lo tengo explicado en el cap. 3. del lib. 1. de este tratado n. 76. al 80. §. 3. en donde se podrá enterar el tasador. El papel que corresponde à las particiones es el del sello quarto mayor; à las hijuelas sello tercero, y en el intermedio comun, y si fueren tan voluminosas que no quepan en un quaderno, se pondrá en el primero un pliego del mismo sello tercero, y otro en el ultimo; y el papel de los intermedios de estos dos quadernos, y el de los demás será comun sin sello, y es lo que se practica en esta Corte.

EXEMPLAR SEGUNDO.

PARTICION DE LOS BIENES DEL marido entre su viuda, è hijos de dos matrimonios con mejora, reservacion, y colacion.

DON F. vecino de esta Villa, Contador unanimemente electo por Doña Juana Velazquez, viuda en segundas nupcias de Don Jorge Sarmiento, por Don Joseph, y Don Juan Sarmiento y Cespedes, mayores de veinte y cinco años, sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucia de Cespedes, y por Antonio del Rio, curador *ad litem* de Don Isidro, y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez menores, tambien sus hijos, procreados en su segundo matrimonio con la prenotada Doña Juana Velazquez, todos quatro instituidos por unicos, y universales herederos del citado Don Jorge en el testamento que formalizó en esta Villa, à tantos de tal mes, y año, ante tal Escribano, baxo del que falleció. (cuyo encargo tengo aceptado, y siendo preciso, lo acepto nuevamente) Hago liquidacion, y division de todos los bienes, creditos, caudal, y efectos que dexó el referido Don Jorge, con vista, y reconocimiento exacto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte, y por la de su primera muger, cartas de dote de ambas, capitales del difunto llevados à sus respectivos matrimonios, y de otros papeles concernientes à su arreglada, y perfecta evacuacion; y para su debida claridad presupongo.

PRE-

PRESUPUESTOS ACERCA DEL matrimonio primero.

I.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA LUCIA DE Cespedes muger primera de Don Jorge.

LO primero, que en tal dia de tal mes, y año, el expresado Don Jorge hallandose proximo à contraer matrimonio con la referida Doña Lucia de Cespedes, otorgó à su favor ante tal Escribano carta de pago, y recibo de los bienes, y efectos, que à él llevó por dote, y caudal suyo propio, y ascendieron à treinta mil reales, segun su tasacion, de los quales los veinte y quatro mil consistieron en tierras, y viñas, sitas en tales parages termino de tal Pueblo, y los seis mil en ropas, y otros muebles, y se obligó à debolverle la relacionada suma en esta forma: los veinte y quatro mil en los propios bienes raices, y los seis mil en muebles à justa tasacion siempre que el matrimonio se disolviese por qualquiera de las causas prescriptas por Derecho; y en el mismo dotal contrato la ofreció en arras, y donacion propter nuptias, ò como mas hubiese lugar, doscientos ducados de vellon, que confesó cabian en la decima parte de los bienes libres con que à la sazon se hallaba; y en caso de no caber, se los consignó en los que en lo succesivo adquiriese à su eleccion. Y respecto haber cabido entonces, y al tiempo que falleció, se la abonarán; pero mediante à que los bienes raices se pusieron por el total de su tasa, sin deducir los gravamenes à que eran responsables, à causa de ignorarlo el Don Jorge, y no haberlo expresado la Doña Lucia, y que tenian contra

sí

sí un censo de doscientos ducados de principal al quitar à favor de tal Capellania, se baxarán estos del importe dotal para hacer del residuo, como liquido la distribucion, y aplicacion, y quedará reducido à veinte y siete mil y ochocientos reales, los que se conceptuarán dote efectiva de la citada Doña Lucia, y como tal por ser los que real, y verdaderamente puso por fondo, y entró en la sociedad conyugal, y no los treinta mil, se la abonarán con las arras; y en atencion à no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado à su marido, ningun abono se la hará por esta razon.

I I.

SOBRE EL CAPITAL QUE DON JORGE llevó à su primer matrimonio.

LO segundo, que habiendo contraido su matrimonio el mencionado Don Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia, mes, y año, ante tal Escribano, capital de todos los bienes que à él habia llevado, y à su favor otorgó la enunciada Doña Lucia su muger el correspondiente resguardo, cuyos bienes consistieron en plata, dinero, y otras cosas muebles, y ascendieron à quarenta mil reales, los que se obligó à tener por caudal del citado su marido, para que se deduxese su importe despues de su dote, y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y antes que los gananciales; lo qual se practicará asi, mediante haber sido efectivos, y declarado con juramento el Don Jorge no tener contra sí deuda, ni responsabilidad alguna, ni haber resultado despues: pero no se le abonará otra cosa como fondo puesto en la sociedad conyugal, à causa de no constar la haya entrado en ella, ni heredadola en su intermedio.

SO-

III.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DOÑA LUCIA de Cespedes, primera muger de Don Jorge Sarmiento.

LO tercero, que hallandose gravemente enferma la nominada Doña Lucia, otorgó su testamento en tal dia, mes, y año, ante tal Escribano, por el qual ordenó fuese amortajado su cadaver con tal habito, y sepultado en público en su Parroquia con tal funebre aparato: Que el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente se celebrase por su alma Misa cantada de cuerpo presente, con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y responso: que lo mas breve que fuese posible se le dixesen cien Misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que sacada la quarta Parroquial, las restantes mandasen celebrar sus testamentarios en donde les pareciese: legó por una vez quatro reales à las mandas forzosas, y acostumbradas, y otros quatro à los Reales Hospitales de esta Corte: legó à su marido quinientos ducados de vellon tambien por una vez: mejoró en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes à Doña Micaela Sarmiento y Cespedes su hija, de edad de quatro años, en atencion à estar sin criar, y ser muger, consignandole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote quando se casó, y en los demás raices, que por razon de gananciales pudiesen corresponderla: nombró por sus testamentarios con facultad de *in solidum* à dicho su marido, y à Don F. y F: instituyó por sus unicos, y universales herederos à los expresados Don Joseph, Don Juan, y Doña Micaela Sarmiento y Cespedes sus tres hijos, habidos en su matrimonio con el prenotado Don Jorge Sarmiento su ma-

ri-

rido: y revocó, y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias precedentes, segun mas difusamente resulta todo del relacionado testamento; con arreglo al qual, y al legal precepto se harán las deducciones, y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en el siguiente presupuesto.

I V.

SOBRE EL INVENTARIO, Y DISTRIBUCION de los bienes que dexó Doña Lucia de Cespedes.

LO quarto, que habiendo fallecido la nominada Doña Lucia, baxo del relacionado testamento, solicitó el Don Jorge su marido, se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, à fin de que jamás fuesen perjudicados sus hijos: y con efecto, por auto que proveyó el Señor Don F. Teniente Corregidor de esta Villa en tantos de tal mes, y año, ante tal Escribano de su Número, defirió à su solicitud; y en su consecuencia se formalizó ante tal Escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendieron à ciento y cincuenta y dos mil y doscientos reales en esta forma: En tierras tanto: en olivares tanto, &c. *Se pondrán por clases, y por mayor los bienes, como en el ultimo presupuesto del exemplar primero.* En cuyo estado se quedó, y los bienes en poder del mencionado Don Jorge, el qual declaró à su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se baxarán solamente de ellos los doscientos ducados, que se deben considerar por menos dote, por no haberse rebaxado quando el inventario, sino antes bien puesto por el total de sus tasas los bienes à ellos hipotecados; y quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de la Doña Lucia à ciento y cincuenta mil reales, de los quales se

deducen sesenta y siete mil y ochocientos, los veinte y siete mil y ochocientos por su dote liquida, y quarenta mil por el capital de su marido: y restados del cuerpo efectivo del caudal, resultan de utilidades en su conyugal sociedad ochenta y dos mil y doscientos, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento. Segun esta liquidacion, asciende el haber de Don Jorge à ochenta y seis mil y seiscientos reales, los quarenta mil por su capital, los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, à que se agregan los cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger, y con ellos se compone la misma suma: y baxados de ella dos mil y doscientos por las arras que ofreció à su muger, queda reducido à ochenta y quatro mil y quatrocientos, incluso dicho legado: y deducido el importe de éste, por deber reservarlo à sus dos hijos, como adelante se dirá, es el liquido, y privativo haber de Don Jorge, sin gravamen de restitucion, ni reserva la cantidad de setenta y ocho mil y novecientos. Previniendo no se le abona luto por no acostumbrarse darlo à los viudos de los bienes de sus mugeres, ni de otra parte, y sí unicamente à estas, siendo viudas; ni tampoco lecho quotidiano, por haberse casado otra vez, tener otro, y no conceder dos el Derecho, y porque aunque si se hubiera conservado viudo, ò si mientras lo tuvo, se hubiera hecho la particion, se le debia abonar; pero mediante deber bolverlo à la masa comun para su division con los herederos, con arreglo al precepto de la ley, por haberse buelto à casar, lo qual es lo mismo que no haberlo recibido; por eso nada se le abona por razon de él. Y el haber de Doña Lucía importa setenta y un mil y cien reales: los veinte y siete mil y ochocientos por su dote liquida: los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y los dos mil y dos-

cien-

cientos por las arras que la ofreció su marido. De estos setenta y un mil y cien reales el quinto son catorce mil doscientos y veinte, y el tercio deducido con arreglo à la ley, diez y ocho mil novecientos y sesenta: por lo que hay para legitimas treinta y siete mil novecientos y veinte, y à cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos y quarenta: y à la Doña Micaela por su legitima, y mejora corresponden quarenta y cinco mil ochocientos y veinte; pero baxando de ellos seis mil setecientos veinte y cinco y treinta maravedis; los novecientos por el funeral, y entierro de su madre: los trescientos y cinco con treinta maravedis por la limosna de las doscientas Misas rezadas que mandó celebrar: los ocho que legó à las mandas forzosas, y Hospitales: los doce que consta haberse pagado por visitar su testamento: y y los cinco mil y quinientos restantes por el legado que de esta suma hizo à su marido; queda reducido el haber liquido de Doña Micaela à treinta y nueve mil y noventa y quatro reales con treinta maravedis; à que agregados veinte y cinco mil doscientos y ochenta, importe de las legitimas de sus dos hermanos, compone el total que tocó à los tres hijos de la precitada Doña Lucía de Cespedes por su herencia materna, la cantidad de sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro reales y quatro maravedis, de los quales debió responderles su padre, por haber entrado en su poder, y tambien debió reservarles no solo lo que tocó à la Doña Micaela, y recayó en él por su muerte abintestato sin succesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues en pena de haberse buelro à casar, perdió el dominio, y propiedad de todo; y asi deberá responder à sus dos hijos D. Joseph, y D. Juan de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales y quatro maravedis, y quedarán re-

ducidos los ciento y ochenta mil reales que D. Jorge entró en su segundo matrimonio à ciento diez mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedis liquidos: los setenta y ocho mil y novecientos por su capital, y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas à su muger; y los treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedis, que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio D. Alexandro Sarmiento: y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en el siguiente presupuesto.

PRESUPUESTOS ACERCA DEL segundo matrimonio.

V.

SOBRE LA DOTE DE DOÑA JUANA Velazquez, muger segunda de Don Jorge Sarmiento; capital que éste llevó à su matrimonio, y arras que la ofreció.

LO quinto, que hallandose viudo el referido D. Jorge, trató contraer segundas nupcias con Doña Juana Velazquez, de estado doncella, la qual traxo à su poder por dote, y caudal suyo propio hasta en cantidad de veinte mil reales en bienes muebles, y dinero, de cuya suma formalizó à su favor en tal dia, mes, y año ante tal Escribano el competente recibo, y resguardo, obligandose à su restitucion en qualquiera de los casos prevenidos por Derecho. Y en consideracion à sus loables prendas, la ofreció en arras, y donacion *propter nuptias*, ò como mas util la fuese, la decima parte de los bienes liquidos, y efectivos, cuyo pleno dominio tenia entonces: y poste-

rior-

riormente estando ya casados, hizo su capital de los que asi suyos privativos, como de sus tres hijos entró en su matrimonio, y ascendieron à ciento y ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedis, que durante su viudedad parece heredó de D. Alexandro Sarmiento su tio; de los quales los sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro y quatro maravedis pertenecian à sus tres hijos, y los cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse buelto à casar, debia reservar à la mejorada en el quinto, del que se habia deducido; por lo que solo eran propios del D. Jorge los ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, como se ha especificado en el anterior presupuesto, cuya decima son once mil y doce reales con veinte maravedis: y de todos otorgó à su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligandose à tenerlos por capital, y fondo puesto por su marido en su conyugal sociedad, ya que despues de separada su dote, y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se baxaria su importe antes que el de los gananciales. Con arreglo à cuyos contratos matrimoniales, y à lo que por Derecho está ordenado se practicará la respectiva liquidacion, y deduccion, segun se patentizará en el presupuesto ultimo, y se estimarán por liquido efectivo, y unico capital de D. Jorge los ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, como entrados realmente en su segundo matrimonio, para no perjudicar à su viuda en su mitad de lucro, mediante à que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque lo entró en él quando se casó, lo extraxo despues como deuda que tenia contra sí, y satisfizo, y es lo mismo que si no lo hubiera llevado. Y por razon de arras, y con calidad de reservar su importe la Doña Juana à los quatro hijos de su ma-

marido, si se bolviere à casar, se la abonarán unicamente los once mil y doce reales y veinte maravedis decima parte de los bienes que éste tenia, y eran suyos propios quando se casò con ella: y nada de los que adquirió despues, por haberse circunscripto, y limitado à ellos su oferta, y no ampliado à los que posteriormente adquiriese, ni dexado à su arbitrio la eleccion de los dos tiempos.

VI.

SOBRE EL FALLECIMIENTO DE DOÑA Micaela en su menor edad, y distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

LO sexto, que despues de haber contraido matrimonio Don Jorge Sarmiento con Doña Juana Velazquez, y en tal dia de tal mes, y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Cespedes su hija procreada en su primera muger Doña Lucía de Cespedes, por cuyo fallecimiento intestado por falta de capacidad legal para testar todos los bienes que por la herencia materna la correspondian, recayeron en su padre, y los estuvo usufructuando; pero mediante haberse buelto à casar, y por este hecho perdido, ò no adquirido su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio D. Joseph, y D. Juan, como hermanos germanos, ò enteros de la Doña Micaela, por haver sido instituidos en esta forma por su madre; y en su consecuencia percibirán los treinta y nueve mil y noventa y quatro reales y quatro maravedis, que por su legitima, y mejora la debian tocar: y de los raices que existen, y llevó en dote la Doña Lucía à su matrimonio, ni de los demás adquiridos en él, que la debian corresponder,

der, y en que consignó la mejora, nada tocará, ni se aplicará à la actual viuda, ni à sus hijos, respecto de qne no existen entre los inventariados à causa de haberselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y que aun quando existieran, debian bolver à ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables, mientras viviese: ni tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo à su padre, por haberse baxado del quinto, y tocarles por identica razon que el tercio, y legitima de la mejorada, à la qual habian de bolver si viviera, como se ha sentado en el presupuesto quarto.

VII.

SOBRE LO QUE DIO DON JORGE A LOS DOS hijos de su primer matrimonio durante el segundo.

LO septimo, que con motivo de haber tomado estado de matrimonio D. Joseph, y D. Juan Sarmiento y Cespedes, hijos del D. Jorge, y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar quarenta mil reales à cada uno para ayuda à superar sus cargas, en cuenta de ambas legitimas, y con efecto por escritura que otorgaron à su favor en tales dias de tales meses, y años ante tal Escribano, confesaron haber recibido del citado su padre ochenta mil reales por mitad à quarenta mil cada uno en los bienes raices que su madre llevó en dote, y en otros tambien raices de los que la podian tocar por mitad de utilidades de su conyugal sociedad, y asimismo en muebles, y dinero; y de ellos le dieron el correspondiente resguardo, obligandose à colacionarlos por su muerte en la forma, y concepto en que se los habia entregado: previniendo, que respecto no haber hecho particion por muer-

te

te de su madre, è ignorarse por lo mismo si todo les cabria, ò no por los derechos de esta: si excediese à lo que les podia tocar por ella, se les imputaria como recibido en parte de la legitima paterna; y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla. Y con efecto practicada ahora la correspondiente liquidacion, resultó que lo que ambos debian haber por la materna eran veinte y cinco mil doscientos y ochenta reales à doce mil seiscientos y quarenta cada uno, à que agregados treinta y nueve mil y noventa y quatro con quatro maravedis, importe del de su hermana Doña Micaela, y cinco mil y quinientos del legado que su madre hizo à su padre, (cuyas dos ultimas partidas debió reservarles éste) componen todas la de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro con quatro maravedis, que restados de los ochenta mil, asciende lo que percibieron à cuenta de la paterna à diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, los quales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, pues se extraxeron del fondo de las utilidades de él, y à no haberlos dado à sus hijos, existirian, y esto mas habria de caudal: y para que la muger segunda no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado, como en el ultimo presupuesto se expresará, porque no está obligada à dotar, ni hacer donacion à sus entenados, como si fuera su madre.

VIII.

SOBRE EL TESTAMENTO DE DON JORGE Sarmiento.

LO octavo, que D. Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes, y año, baxo del testamento que tenia formali-

lizado, y queda relacionado en el exordio de esta particion, y por él ordenó fuese amortajado su cadaver con tal Habito, y sepultado con tal fúnebre aparato, y acompañamiento. Que el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el siguiente se celebrase por su alma Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso: y por su intencion doscientas Misas rezadas, su limosna à quatro reales, de que sacadas las cincuenta, quarta parte correspondiente à la Parroquia, las otras ciento y cincuenta se dixesen en tales Iglesias, y Altares quanto antes fuese posible. Legó por una vez diez reales à las mandas forzosas, y otros diez à los Reales Hospitales de esta Corte. Dexó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes à Doña Juana Velazquez su segunda muger, y se lo consignó en raices con la expresa calidad, y prohibicion de que jamás habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hypotecarlos, ni enagenarlos, antes bien por su muerte habian de bolver à sus hijos, procreados en sus dos matrimonios con igualdad; y si alguno falleciese, sin dexar succesion legitima, se habian de repartir entre los que le sobreviviesen, y no pasar à otro su parte: y dexandola, llevar la que à su ascendiente tocaría, à no haber premuerto. Legó à su criada Maria Lopez cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad à D. Isidro, y Doña Ignacia Sarmiento y Velazquez sus dos hijos menores, y de la prenotada Doña Juana Velazquez su segunda muger. Declaró quanto habia dado à los hijos de su primer marrimonio en cuenta de sus legitimas, y haber fallecido sin testamento, ni succesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que la competian. Declaró asimismo estaba debiendo varias cantidades à diferentes personas, las que man-

mandó se pagasen, y que se cobrasen las que tenia à su favor, pues todas constaban de sus papeles, y asientos. Nombró por sus testamentarios, con facultad de in solidum à D. F. y D. F. à quienes prorrogó el termino legal para cumplir lo que dexaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos à sus quatro hijos D. Joseph, D. Juan, D. Isidro, y Doña Ignacia Sarmiento, procreados en sus dos matrimonios con Doña Lucía de Cespedes, y Doña Juana Velazquez. Y revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Que es quanto relativo, y concerniente à esta particion resulta en sustancia del citado testamento: con arreglo al qual, à los inventarios, y demás papeles, y documentos que se han tenido presentes, y à la disposicion legal se harán con separacion, distincion, y claridad las liquidaciones, deducciones, y repartimiento del caudal de ambos matrimonios entre la actual viuda, y los expresados quatro hijos; y mediante quedar explicado en el quarto presupuesto lo correspondiente al del primero, se tratará unicamente de lo respectivo al segundo en el siguiente.

IX.

SOBRE EL INVENTARIO HECHO POR muerte de Don Jorge Sarmiento, y liquidacion, y distribucion de su caudal.

LO nono, y ultimo, presupongo, que todo el caudal que dexó D. Jorge Sarmiento, y se inventarió por su fallecimiento, ascendió à trescientos y sesenta mil reales en esta forma: En tierras tanto: en viñas tanto: en casas tanto: en ropa blanca tanto, &c. (*Se expresarán las clases de bienes, y su importe como en el primer exemplar*)

plar) cuyas tantas partidas suman los referidos trescientos y sesenta mil reales, à que unidos diez mil ciento y veinte y cinco y treinta maravedis, que anticipó à los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legitima paterna mientras estuvo casado segunda vez (por lo que salieron del fondo del segundo) y se deben estimar por incremento, y utilidad de él, como queda sentado en el presupuesto septimo) compone todo el caudal del referido matrimonio, tocante à entrambos conyuges, trescientos setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis; de los quales en observancia del legal precepto, y con arreglo al testamento del citado D. Jorge se practicarán las liquidaciones, y division correspondientes entre los interesados: y en primer lugar se baxan veinte mil reales, importe de la dote de Doña Juana Velazquez: en segundo treinta mil, à que ascienden las deudas de su matrimonio: y en tercero ciento diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedis, total capital liquido, y efectivo, que como suyo llevó à él dicho D. Jorge, y estas tres partidas suman la de ciento y sesenta mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedis, que restados de los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco y treinta maravedis, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio doscientos y diez mil; y deducidos de ellos novecientos por el lecho quotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre D. Jorge, y su viuda doscientos nueve mil y cien reales, cuya mitad son ciento quatro mil quinientos y cincuenta. Unida esta mitad al capital que D. Jorge entró en su matrimonio, suma su total haber doscientos y catorce mil seiscientos setenta y cinco reales y treinta maravedis, y baxando de ellos once mil seiscientos y doce con veinte maravedis, los once mil y doce con veinte maravedis por las arras

que ofreció à su muger, y los seiscientos por lo que costó el luto de ésta, hay para distribuir entre sus quatro hijos doscientos tres mil y sesenta y tres reales y diez maravedis, de los quales para efecto de deducir la mejora, y no infringir el legal precepto, se separan los diez mil ciento y veinte y cinco reales y treinta maravedis que anticipó à los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete y catorce maravedis, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete, y diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y el tercio baxado el quinto cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve reales y treinta y tres maravedis y un quinto, por lo que quedan para legitimas (agregando los diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis que anticipó à los referidos sus dos hijos, y se separaron, à fin de sacar la mejora) ciento y trece mil veinte y cinco reales y veinte y ocho maravedis y dos quintos, que divididos entre los quatro, tocan à cada uno por su legitima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos. Por lo que mira à la liquidacion del quinto, se baxan de su importe dos mil trescientos noventa y tres reales y veinte y seis maravedis, los mil por los derechos del funeral, y entierro de D. Jorge: doscientos once y veinte y seis maravedis, limosna de las cincuenta Misas de la quarta Parroquial, à quatro reales y ocho maravedis por derechos de cera, y oblata: seiscientos por la de las ciento y cincuenta restantes con igual limosna sin derechos: diez de las mandas forzosas: otros diez de los Reales Hospitales: doce de visitar su testamento, y los quinientos y cincuenta restantes del legado que hizo à su criada; por lo que queda reducido el quinto à treinta y seis mil ciento noventa y tres reales y veinte y quatro maravedis

y

y dos quintos que en bienes raices se aplicarán à Doña Juana para que los usufructúe en conformidad de lo que dispuso su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus quatro hijos, ò quien los represente con arreglo à la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion, resulta, que el haber de Doña Juana en propiedad, y usufructo (sin incluir, ni contar lo que se la adjudicará como pagadora de deudas que se la constituirá) asciende à ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales y diez maravedis y dos quintos; los ciento treinta y siete mil y sesenta y dos con veinte maravedis en propiedad por estas razones: veinte mil por su dote: ciento quatro mil quinientos y cincuenta por la mitad de utilidades de su sociedad: novecientos por el lecho quotidiano: seiscientos por el luto, y los once mil y doce con veinte maravedis por las arras que su marido la ofreció; y los treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinte y quatro maravedis y dos quintos en usufructo por remanente del quinto: el de D Joseph por su legitima paterna, sin incluir lo que tiene tomado, y se le debe descontar, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedis y tres quintos: el de D. Juan otra igual suma: el de D. Isidro por su legitima, y mejora cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales quince maravedis y un quinto: el de Doña Ignacia por los propios derechos la misma cantidad; y uniendo à estos haberes los treinta mil reales de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres y veinte y seis maravedis de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis del caudal inventariado por muerte del referido D. Jorge, y colacionado por los dos hijos de su primer matrimonio. Con cuyos presupuestos, y con la preven-

vencion de que no se abonan alimentos à su viuda, por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun, el corto tiempo que há que murió su marido; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado; procedo à evacuar las liquidaciones del caudal de ambos matrimonios, y para ello à formar el siguiente cuerpo de hacienda.

CUERPO DEL CAUDAL INVENTARIADO por muerte de Don Jorge Sarmiento, y de lo que quedó por la de su primera muger Doña Lucía de Cespedes.

CAUDAL DEL INVENTARIO DE DOÑA Lucía de Cespedes.

SE ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales y quatro maravedis, los mismos que Don Jorge dió à los dos hijos de su primer matrimonio, y existian en su poder por las razones expuestas en los presupuestos sexto, y septimo..... 69874... 4.

Idem, mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedis, importe de los gastos del funeral, entierro, y Misas de Doña Lucía de Cespedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo à su marido, por estarlo ya en la partida precedente..... 1225...30.

Idem, diez mil ciento veinte y cinco reales

les y treinta maravedis que resulta haber anticipado à los expresados sus dos hijos en cuenta de su legitima paterna, como se ha sentado en los presupuestos septimo, y noveno..... 10ↀ125...30.

Idem, en tierras inventariadas por muerte de Don Jorge treinta mil reales..... 30ↀ.

Caudal inventariado por muerte de Don Jorge.

Idem, sesenta mil reales en viñas..... 60ↀ.

Idem, ciento y cincuenta y cinco mil reales en casas..... 155ↀ.

Idem, diez mil reales en ropa blanca mojada, y sin mojar..... 10ↀ.

Idem, en trastos de madera siete mil reales..... 7ↀ.

Idem, diez mil reales en pinturas, y dorado..... 10ↀ.

Idem, trece mil reales en ropa de lana, y seda..... 13ↀ.

Idem, dos mil reales en colchones, mantas, y fundas..... 2ↀ.

Idem, mil reales en cobre, peltre, y azofar..... 1ↀ.

Idem, veinte y seis mil reales en plata labrada sin hechuras..... 26ↀ.

Idem, catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa..... 14ↀ.

Idem, seis mil reales en deudas cobrables à favor del caudal..... 6ↀ.

Y ultimamente, se ponen por cuerpo de cau-

caudal veinte y seis mil reales de vellon en dinero efectivo..... 26ʊ.

Total cuerpo de caudal..... 441ʊ225...30.

BAXA.

SE baxan del total referido ciento y cincuenta mil reales, los mismos que se han inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes, primera muger de Don Jorge..... 150ʊ.

Quedan para el segundo matrimonio (sin incluir setenta y ocho mil y novecientos reales sobrantes del primero, que se unirán quando se haga la liquidacion, y division del caudal de aquel) doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedis..... 291ʊ225...30.

Asciende el caudal de esta particion à quatrocientos quarenta y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedis de vellon: y separados de ellos los ciento y y cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Cespedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco y treinta maravedis, à los quales se agregarán setenta y ocho mil y novecientos que debieron tocar à Don Jorge en la liquidacion del que quedó quando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos y setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, como en su lugar se demonstrará: por lo que procedo à evacuar la del que dexó ésta.

LI-

LIQUIDACION, Y DISTRIBUCION DEL caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes.

EL caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía de Cespedes ascendió à ciento y cincuenta mil reales, como queda expresado en el quarto presupuesto..... 150ℳ.

BAXAS COMUNES DE EL.

SE baxan de este caudal veinte y siete mil y ochocientos reales liquidos, à que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote dicha Doña Lucía por la razon expuesta en el primer presupuesto..... 27ℳ300.

Idem, quarenta mil reales que Don Jorge Sarmiento entró como capital suyo en la sociedad conyugal con dicha Doña Lucía, como se refiere en el presupuesto segundo..... 40ℳ.

Total de baxas comunues..... 67ℳ800.

Resultan de gananciales..... 82ℳ200.

Cuya mitad son..... 41ℳ100.

Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de Doña Lucía de Cespedes sesenta y siete mil y ochocientos reales, que rebatidos de los ciento y cincuenta mil que sumó su total, resultan de lucro adquirido en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos reales, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento.

HABER DE DOÑA LUCIA DE CESPEDES.

DOña Lucia de Cespedes debe haber por su dote liquida veinte y siete mil y ochocientos reales..... 27@800.

Idem, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y ciento..... 41@100.

Idem, por las arras que la ofreció su marido dos mil y doscientos..... 2@200.

Total haber suyo setenta y un mil y cien reales..... 71@100.

Importa el quinto de estos catorce mil doscientos y veinte reales..... 14@220.

Quedan de caudal, baxado el quinto, para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos y ochenta reales..... 56@880.

El tercio de estos asciende à diez y ocho mil novecientos y sesenta..... 18@960.

Y deducidos tercio, y quinto, quedan para las legitimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos y veinte reales..... 37@920.

De estos tocan à cada hijo doce mil seiscientos y quarenta..... 12@640.

LIQUIDACION, Y DISTRIBUCION DEL QUINTO de los bienes de Doña Lucía de Cespedes.

EL quinto de los bienes de Doña Lucía de Cespedes asciende à catorce mil doscientos veinte reales..... 14@220.

BA-

BAXAS DE EL.

POR su funeral, entierro, y gastos que en él ocurrieron, novecientos reales, consta de recibos..... ₰900.

Por la limosna à tres reales por cada una de las veinte y cinco Misas de la quarta Parroquial, con mas los derechos de cera, y oblata ochenta reales, y treinta maravedis..... ₰080...30.

Por las setenta y cinco restantes à los mismos tres reales, sin mas derechos, doscientos veinte y cinco, segun recibos..... ₰225.

Por el legado que hizo à las mandas forzosas, y Hospitales ocho reales, à quatro à cada uno..... ₰008.

Por los derechos de visitar su testamento doce reales..... ₰012.

Por el legado que hizo à su marido cinco mil y quinientos reales..... 5₰500.

Importan estas baxas..... 0₰725...30.

Total del quinto..... 14₰220.

Liquido sobrante de él..... 7₰494... 4.

RESUMEN, Y LIQUIDACION DE LO QUE toca à cada uno de los interesados en esta particion.

DON Jorge Sarmiento debe haber por su capital quarenta mil reales..... 40₰.

Idem, por su mitad de gananciales quarenta

y un mil y cien reales..... 41ᘐ100.

Idem, por el legado que le hizo su muger cinco mil y quinientos reales..... 5ᘐ500.

Total haber de Don Jorge..... 86ᘐ600.

Se baxan por las arras que ofreció à su muger..... 2ᘐ200.

Queda reducido su haber à..... 84ᘐ400.

Se baxan de éste los cinco mil y quinientos reales del legado..... 5ᘐ500.

Es su liquido haber en propiedad..... 78ᘐ900.

HABER DE DON JOSEPH SARMIENTO.

DON Joseph Sarmiento debe haber por su legitima materna doce mil seiscientos y quarenta reales..... 12ᘐ640.

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legitima materna doce mil seiscientos y quarenta reales..... 12ᘐ640.

Haber de Doña Micaela Sarmiento.

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legitima materna doce mil seiscientos y quarenta reales..... 12ᘐ640.

Idem, por el tercio diez y ocho mil novecientos y sesenta..... 18ᘐ960.

Idem, por el residuo del quinto siete mil quatrocientos noventa y quatro reales y

y quatro maravedis..... 7ᵐ494... 4.

Total haber suyo..... 39ᵐ094... 4.

COMPROBACION DE ESTA LIQUIDACION.

POR el haber liquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad..... 7ᵐ900.

Por el legado que le hizo su muger..... 5ᵐ500.

Por la legitima materna de Don Joseph Sarmiento..... 12ᵐ640.

Por la de Don Juan Sarmiento..... 12ᵐ640.

Por la legitima, y mejora del tercio, y remanente liquido del quinto tocante à Doña Micaela Sarmiento..... 39ᵐ094... 4.

Por los gastos del funeral, entierro, Misas, y visita del testamento de Doña Lucía de Cespedes, y mandas hechas à los Santos Lugares, y Hospitales..... 1ᵐ225...30.

Suman estas seis partidas..... 150ᵐ.

Y el caudal inventariado los mismos..... 150ᵐ.

Por la liquidacion, y deducciones precedentes aparece, que el haber correspondiente à Doña Lucía de Cespedes, muger primera de Don Jorge Sarmiento, asciende à setenta y un mil y cien reales: los veinte y siete mil y ochocientos por su dote liquida: los quarenta y un mil y ciento por su mitad de bienes superlucrados en su matrimonio; y los dos mil y doscientos por las arras que su marido la ofreció. Que el quinto de ellos son catorce mil doscientos y veinte reales; y el tercio (hecha previa deduccion del quinto) diez y ocho mil novecientos y sesenta; por lo que residuan para legitimas treinta y siete mil

no-

novecientos y veinte reales, y tocan à cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos y quarenta. Que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinte y cinco reales y treinta maravedis por los gastos del funeral, Misas, y entierro de la Doña Lucía, y legados que hizo, quedan siete mil quatrocientos noventa y quatro y quatro maravedis. Y que Don Jorge debe haber ochenta y seis mil y seiscientos reales: los quarenta mil por su capital, los quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y los cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su muger; y baxando de su total los dos mil y doscientos que ofreció à ésta en arras, y los cinco mil y quinientos del legado que debió reservar à los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad, y pleno dominio à setenta y ocho mil y novecientos, los que se agregarán al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion, y division. Don Joseph Sarmiento debe percibir por su legitima doce mil seiscientos y quarenta reales: D. Juan otra igual suma por la suya: y Doña Micaela por la suya, y por su mejora del tercio, y remanente del quinto treinta y nueve mil y noventa y quatro reales y quatro maravedis. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio, procedo à practicar la del segundo.

NOTA PRIMERA.

HEcho cargo el Contador de que en esta particion hay dos inventarios, y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte de él del primer matrimonio está incluido en el del segundo, y parte no; no estrañará que habiendo salido durante éste del cuerpo de su caudal la primera, segunda, y tercera partidas puestas

tas en el general, que dexo formado de ambos, la primera, porque la entró el marido en él: la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la muger primera estaba embebido su importe en el globo del que se inventarió; y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el referido segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general, pues de no haberlas aducido à él para complemento de ambos caudales, faltaria el competente, y sería imposible hacer la division. Extrañará tal vez que puse por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen: à que satisfago diciendo, que en el presente caso sería abultar, y gastar infructuosamente tiempo, trabajo, y papel; ya porque los bienes no existen en el cúmulo inventariado; ya porque el padre dió à sus hijos los raices maternos que les correspondian, como queda sentado en el septimo presupuesto, y jamás debian dividirse si no entre ellos; y ya porque aun quando no les tocáran por la accion de dominio, una vez entregados, no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y asi bastó traer numericamente su importe à esta particion. Pero será al contrario, quando existen entre los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos, ò por otra causa nada les dió su padre, pues entonces se deberán poner, y el Contador formar un presupuesto del importe de los raices, y otros conocidos de la muger primera, especificandolos, para que se sepa quáles son, y se apliquen à sus hijos, haciendo à este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal, y demás papeles que los acrediten: y lo propio milita para con los de tres, ò mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que existan, si su padre les dió otros equivalentes, y se contentaron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque por su contenta es visto haber-

berse celebrado entre hijos, y padre contrato de permuta, y subrrogacion, y por él constituidose del padre los que correspondian à sus hijos por su madre. En quanto al modo, y orden de hacer las deducciones generales, y particulares en la precedente liquidacion, veanse las notas primera, y segunda del primer exemplar, en donde expreso las razones. Y por lo concerniente à no haber abonado al viudo lecho, ni luto, queda expuesto el motivo en el quarto presupuesto.

LIQUIDACION, Y DISTRIBUCION DEL caudal del segundo matrimonio.

SON caudal del segundo matrimonio de Don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil y novecientos reales, los mismos que quedaron sin aplicar en la liquidacion anterior; tocaron segun ella al Don Jorge; y los entró en su segundo matrimonio..... 78900.

Idem, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedis que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun à su final se expresa, en los que se incluye lo que Don Jorge heredó de su tio Don Alexandro, y entró tambien en su segundo matrimonio, y lo que durante éste anticipó à sus dos hijos del primero en cuenta de la legitima paterna..... 291225...30.

Total caudal del segundo matrimonio. 370125...30.

El

El caudal inventariado por muerte de D. Jorge Sarmiento, y correspondiente à su segundo matrimonio asciende à trescientos setenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, como queda sentado en el ultimo presupuesto; de cuyo total procedo à hacer las correspondientes deducciones.

BAXAS COMUNES, O GENERALES.

SE baxan de este caudal veinte mil reales, los mismos que Doña Juana Velazquez llevó en dote à su matrimonio..... 20ʊ.

Idem, treinta mil reales que su marido estaba debiendo quando falleció, segun consta de la ultima declaracion de el inventario hecho por su muerte..... 30ʊ.

Idem, ciento y diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis liquidos, y efectivos que Don Jorge entró por capital suyo, sin responsabilidad alguna en su segundo matrimonio; los setenta y ocho mil y novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera muger, y los treinta y un mil doscientos veinte y cinco con treinta maravedis, que mientras estuvo viudo parece haber heredado de su tio Don Alexandro Sarmiento, segun queda referido en los presupuestos quarto, y quinto..... 110ʊ125...30.

Total de baxas comunes..... 160ʊ125...30.

Hay de gananciales..... 210ɔ.

Las partidas deducidas del total caudal inventariado, y correspondiente al segundo matrimonio de Don Jorge importan ciento y sesenta mil ciento y sesenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis, que restados de los trescientos setenta mil ciento veinte y cinco y treinta maravedis, resultan de utilidades en él doscientos y diez mil, de los quales se hace la deduccion siguiente.

BAXA DE LOS GANANCIALES.

SE deducen del cúmulo de los gananciales novecientos reales de vellon, que segun tasacion, los importan los colchones, sabanas, mantas, y demás cosas de que se compone el lecho quotidiano, en que dormian Don Jorge, y su viuda Doña Juana, à la que corresponde por conservarse en este estado..... ɔ900.

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre Don Jorge, y Doña Juana..... 209ɔ100.

Cuya mitad son..... 104ɔ550.

De los doscientos y diez mil reales que importan los bienes que Don Jorge, y Doña Juana superlucraron mientras estuvieron casados, deduciendo novecientos por el lecho que diariamente usaban, quedan liquidos partibles entre ambos doscientos nueve mil y ciento, y tocan à cada uno ciento y quatro mil quinientos y cincuenta; por lo que procedo à liquidar el haber de Don Jorge, y à hacer de él las deducciones que conforme à Derecho, y à su voluntad corresponden.

NO-

NOTA SEGUNDA.

En el libro primero de este tratado cap. 3. §. 1. nums. 32. al 35. inclusive traté del modo de deducir la dote de la muger segunda, quando en su matrimonio hay gananciales, y los acepta, y su marido tiene hijos del primero, que no están pagados de su haber materno, ya lleve, ò no al segundo bienes equivalentes à cubrirselo, ò algunos mas suyos propios, ò ningunos: y à fin de no perjudicarla en su mitad, (advirtiendo, que los Autores particionistas, lexos de enseñar, confundieron à los principiantes en muchas cosas, y dexaron archivadas en su mente otras que debieron patentizarles, y siguiendo el método, y sistema de claridad que me es innata) me ví constituido en la precision de proponer los quatro casos que pueden ocurrir, los que en mi concepto expliqué con la que puede apetecer el Contador lego principiante para su radical instruccion; y en el quarto por incluir, y embeber en sí dos; aunque me parece dixe lo suficiente, le remití à esta nota, en la que prometí formar la cuenta de los quatro modos que alli expuse. Y para poder desempeñar mi oferta, tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye el mencionado quarto caso, por ser distintas, y de cada una hacer con separacion la explicacion correspondiente para su mas puntual, y perceptible inteligencia.

PARTE PRIMERA.

La parte primera del citado quarto caso es, quando el padre lleva al matrimonio segundo bienes suyos, y de sus hijos procreados en el primero, y durante aquel

les dá el todo, ò parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En cuyo caso se puede hacer la cuenta de dos modos, el uno es agregar numericamente al caudal inventariado lo entregado à los hijos; y hecho todo un cuerpo, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital integro, conforme lo entró en él; y hechas estas tres deducciones, será ganancial partible entre la viuda, y todos los hijos de su difunto marido el residuo que sobre. Y el otro modo es no hacer merito, ni agregar al caudal inventariado lo entregado à los hijos, y deducir unicamente lo que hecha la tradicion, quedó de su capital, como si nada mas hubiera entrado en su matrimonio, y saldrá la misma quota, y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente exemplo.

SUPUESTOS PARA FORMAR la cuenta.

EL caudal inventariado importa treinta mil reales..... 30ℐ.

La dote de la muger segunda ocho mil reales..... 8ℐ.

Las deudas del matrimonio segundo mil reales..... 1ℐ.

El capital que el marido llevó, diez mil reales, à que agregados quatro mil que tocaban à sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que entró en su matrimonio, catorce mil reales..... 14ℐ.

Y lo que dió à dichos sus hijos fueron los quatro mil reales de su haber materno, y no mas..... 4ℐ.

Mo-

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado.....	30ↀ.
Lo dado por el padre à sus hijos.....	4ↀ.
Total.....	34ↀ.

Baxas.

Dote de la muger segunda.....	8ↀ.
Deudas del segundo matrimonio.....	1ↀ.
Capital que el marido entró en el suyo, y de sus hijos.....	14ↀ.
Total de baxas.....	23ↀ.
Quedan de utilidades.....	11ↀ.
Cuya mitad son.....	5ↀ500.

Modo segundo de formarla

Caudal inventariado treinta mil reales.....	30ↀ.

Baxas de este caudal.

Dote de la muger segunda.....	8ↀ.
Deudas contraidas en el segundo matrimonio.....	1ↀ.
Capital propio, y privativo del marido.....	10ↀ.
Total de baxas.....	19ↀ.
Quedan de utilidades para ambos....	11ↀ.
Cuya mitad son.....	5ↀ500.

PAR-

PARTE SEGUNDA.

LA segunda parte del referido quarto caso, es, quando el padre no solo dió à sus hijos todo lo que tenia en su poder, y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo à cuenta del paterno. En cuyo caso se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: El primero, agregando numericamente al caudal inventariado lo que percibieron por su madre, y lo que les anticipó; y de la suma de éste total baxar la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital integro que su padre entró en él: y lo que quede, hechas estas deducciones, será la utilidad divisible por mitad entre la viuda, è hijos de su difunto marido. Y el modo segundo (que es el que observé en la presente particion, ò exemplar) se reduce à agregar unicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó à sus hijos en cuenta de su legitima paterna; y de lo que sumen estas dos partidas, baxar la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre entró, y como fondo suyo propio sin responsabilidad puso en la segunda sociedad conyugal, y no mas; y hechos estos descuentos, saldrá por resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se patentiza demonstrablemente en las cuentas siguientes.

SUPUESTOS PARA FORMAR la cuenta.

EL caudal inventariado importa treinta mil reales..... 30ℳ.

La dote de la muger segunda ocho mil..... 8ℳ.

Las

Las deudas de su matrimonio mil..... 1ↀ.

El capital que el marido entró en él, diez mil reales, que con lo de sus hijos, compone catorce mil..... 14ↀ.

Y lo que dió à dichos sus hijos, son ocho mil. 8ↀ.

Modo primero de formarla.

Caudal inventariado..... 30ↀ.
Lo entregado por el padre à sus hijos..... 8ↀ.
Total caudal..... 38ↀ.

Baxas.

Dote de la muger segunda..... 8ↀ.
Deudas del segundo matrimonio..... 1ↀ.
Capital que el maridó entró en él, incluso lo que era de sus hijos..... 14ↀ.
Total de baxas..... 23ↀ.
Quedan de ganciales..... 15ↀ.
Cuya mitad son..... 7ↀ500.

Modo segundo.

Caudal inventariado..... 30ↀ.
Lo anticipado por el padre à sus hijos en cuenta de legitima paterna..... 4ↀ.
Total caudal..... 34ↀ.

Baxas.

Dote de la muger segunda..... 8ↀ.

Deu-

Deudas del segundo matrimonio.....	1ø.
Capital liquido privativo del marido, sin responsabilidad alguna.....	10ø.
Total de baxas.....	19ø.
Quedan de gananciales.....	15ø.
Cuya mitad son.....	7ø500.

NOTA TERCERA.

POR las cuentas precedentes podrá formar el Contador en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor, ò menor caudal, y entre hijos de tres, ò mas matrimonios para no perjudicar à las respectivas mugeres, ni à los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en quanto à la deduccion del lecho quotidiano lo explicado en el cap. 6. del citado lib. 1. §. 3. nums. 58. y 59. advirtiendole, que al caudal inventariado agregué lo que el padre dió à sus hijos de los gananciales del segundo matrimonio, por la razon expuesta al fin de la primera nota del exemplar primero, y al del septimo presupuesto de éste. Y por lo concerniente à los tres casos explicados en dicho cap. 3. num. 32. al 34. le remito à él, pues bastante luz le he dado; por lo que procedo à continuar este exemplar.

HABER DE DON JORGE.

DON Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis..... 110ø125...30.

Idem, por su mitad de gananciales ciento

to y quatro mil quinientos y cincuenta reales ..... 104ʊ550.

Total haber suyo..... 214ʊ675.. 30.

BAXAS DE ESTE HABER.

POR las arras que ofreció à su muger once mil y doce reales con veinte maravedis..... 11ʊ012...20.

Por el luto que se la debe, seiscientos reales ..... ʊ600.

Total de baxas..... 11ʊ612...20.

Liquido para distribuir..... 203ʊ063...10.

BAXA DE ESTE LIQUIDO PARA sacar la mejora.

POR lo que anticipó à sus dos hijos en cuenta de su legitima paterna, diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis..... 10ʊ125...30.

Quedan para deducir la mejora..... 192ʊ937...14.

DISTRIBUCION DEL CAUDAL DE DON Jorge entre sus hijos.

EL liquido caudal de Don Jorge para sacar la mejora, son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales y catorce maravedis..... 192ʊ937...14.

Importa el quinto de estos..... 38ʊ587...16 2/3

Quedan para sacar el tercio..... 154ʊ349.. 31 2/3

El tercio de estos son..... 51ᴅ449...33.1/5

Quedan para legitimas..... 102ᴅ899...32.2/5

AUMENTO POR VIA DE COLACION al caudal de legitimas.

SE aumenta al caudal que queda para legitimas paternas lo que se baxó para deducir la mejora, que son..... 10ᴅ125...30.

Total de legitimas..... 113ᴅ025...28.2/5

Tocan à cada uno de los quatro hijos que dexó Don Jorge, por su legitima paterna..... 28ᴅ256...15.1/5

Y à cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tienen tomado..... 23ᴅ193...17.3/5

LIQUIDACION, Y REPARTIMIENTO del quinto de los bienes de Don Jorge.

EL quinto de los bienes que dexó Don Jorge Sarmiento, asciende à treinta y ocho mil quinientos treinta y siete reales y catorce maravedis y dos quintos de otro..... 38ᴅ537...14.4/5

BAXAS DE EL.

SE baxan mil reales, importe de su funeral, entierro, y asistentes..... 1ᴅ.

Idem, doscientos once reales y veinte y seis maravedis por la limosna de cincuen-

cuenta Misas de la quarta tocante à la Parroquia, à quatro reales, con mas ocho maravedis por derechos de cera, y oblata..... ∂211...26.

Idem, seiscientos reales, limosna de las ciento y cincuenta restantes, cumplimiento à las doscientas que mandó celebrar, à los mismos quatro reales..... ∂600.

Idem, diez reales que legó à las mandas forzosas..... ∂010.

Idem, otros diez à los Reales Hospitales. ∂010.

Idem, doce reales por los derechos de visitar su testamento..... ∂012.

Idem, quinientos y cincuenta reales que legó à su criada..... ∂550.

Importan estas deducciones..... 2∂393...26.

Total del quinto..... 38∂587...16.$\frac{2}{5}$

Queda reducido à..... 36∂193...24.$\frac{2}{5}$

El total haber de Don Jorge Sarmiento por su efectivo capital, y mitad de gananciales, asciende à doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales y treinta maravedis, de que baxados once mil seiscientos doce con veinte maravedis por las arras, y luto de su viuda, quedan liquidos doscientos tres mil y sesenta y tres con diez maravedis; de los quales para el unico efecto de sacar la mejora separando los diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedis, que anticipó à los dos hijos de su primer matrimonio, quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete y catorce maravedis; cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis y dos quintos de otro, y el tercio cincuenta y un

mil quatrocientos quarenta y nueve con treinta y tres maravedis y un quinto; por lo que hay para legitimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales con treinta y dos maravedis y dos quintos, à que agregados los diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis separados, es el total de legitimas ciento trece mil y veinte y cinco reales con veinte y ocho maravedis y dos quintos; y de estos tocan à cada uno de los quatro hijos que dexó Don Jorge, veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos por su legitima paterna, y à cada uno de los dos de su primer matrimonio, descontandole cinco mil y sesenta y dos reales con treinta y dos maravedis, mitad de los diez mil ciento veinte y cinco y treinta maravedis que su padre anticipó à entrambos, y se les aplicarán en vacío, corresponden veinte y tres mil ciento noventa y tres con diez y siete maravedis y tres quintos. Y en quanto al quinto, baxando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales y veinte y seis maravedis, importe de los gastos del funeral, Misas, entierro, y legados que hizo Don Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres con veinte y quatro maravedis y dos quintos, que se aplicarán en usufructo à Doña Juana Velazquez, como queda referido en el ultimo presupuesto.

RE-

RESUMEN, Y LIQUIDACION de lo que toca à cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

HABER DE DOÑA JUANA VELAZQUEZ.

DOña Juana de Velazquez debe haber por su dote veinte mil reales...	20ↀ.
Idem, por su mitad de gananciales ciento y quatro mil quinientos y cincuenta.	104ↀ550.
Idem, por el lecho quotidiano novecientos reales.....	ↀ900.
Idem, por el luto ordinario seiscientos reales.....	ↀ600.
Idem, por las arras que la ofreció su marido, once mil y doce reales con veinte maravedis.....	11ↀ012...20.
Idem, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido la legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales y veinte y quatro maravedis con dos quintos.....	36ↀ193...24.$\frac{2}{5}$
Total haber de Doña Juana.....	173ↀ256...10.$\frac{2}{5}$

Haber de Don Joseph Sarmiento.

Don Joseph Sarmiento debe haber por su legitima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quintos de otro.....	28ↀ256...15.$\frac{3}{5}$

Ha-

Haber de Don Juan Sarmiento.

Don Juan Sarmiento debe haber por su legitima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quintos de otro..... 28256...15.3/5

Haber de Don Isidro Sarmiento.

Don Isidro Sarmiento debe haber por su legitima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quintos..... 28256...15.3/5

Idem, por la mitad de su mejora del tercio veinte y cinco mil setecientos veinte y quatro reales con treinta y tres maravedis, y tres quintos..... 25724...33.3/5

Total haber de Don Isidro..... 53981...15.1/5

Haber de Doña Ignacia Sarmiento.

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legitima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quintos..... 28256...15.3/5

Idem, por la mitad de su mejora del tercio veinte y cinco mil setecientos veinte y quatro reales con treinta y tres maravedis, y tres quintos..... 25724...33.3/5

Total haber de Doña Ignacia..... 53981...15.1/5

COM-

COMPROBACION DE ESTA CUENTA.

POR el haber de Doña Juana Velazquez	173@256...10.$\frac{2}{5}$
Por el de Don Joseph Sarmiento	28@256...15.$\frac{1}{5}$
Por el de Don Juan Sarmiento	28@256...15.$\frac{2}{5}$
Por el de Don Isidro Sarmiento	53@981...15$\frac{1}{5}$
Por el de Doña Ignacia Sarmiento	53@981...15.$\frac{1}{5}$
Por las deudas contra el caudal	30@.
Por lo que importan las deducciones del quinto	2@393...26.
Total caudal del segundo matrimonio	370@125...30.
Importa el inventariado los mismos.	370@125...30.
Igual	@.

Por este resumen, y liquidacion aparece, que el haber de Doña Juana Velazquez por todos sus derechos asciende à ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedis, y dos quintos de otro: el de Don Joseph Sarmiento por su legitima veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedis y tres quintos: el de Don Juan otra igual suma: el de Don Isidro por su legitima, y mitad de mejora cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales con quince maravedis y un quinto: y el de Doña Ignacia por iguales derechos la misma cantidad; y agregando à estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres con veinte y seis maravedis que se baxaron del quinto, componen todas estas partidas los trescientos y setenta mil ciento veinte y cin-

cinco reales con treinta maravedis inventariados, por lo que procedo à hacer las respectivas adjudicaciones à los interesados.

NOTA QUARTA.

POR el modo, y orden que observé en el primer exemplar, podrá el Contador formar las respectivas adjudicaciones à los interesados, aplicando en vacío, ò entrada por salida à los que tuvieren tomado algo à cuenta, lo que recibieron, y poniendolo por primera partida, como que debe preceder à todas, por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuvieren pagados de su haber paterno, ò materno, se les formará hijuela comprehensiva de ambas legitimas, pues en este exemplar, por estarlo ya, no se las formé: y despues de hechas las adjudicaciones à los interesados, y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse, por no estar pagadas antes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le puedo fijar regla, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar, y asi omito la material extension de todo.

HIJUELA PARA EL PAGO DE LAS deudas que tenia contra sí Don Jorge Sarmiento quando falleció.

DOña Juana Velazquez viuda de Don Jorge Sarmiento, debe haber, como pagadora que se la constituye de las deudas que éste tenia contra sí quando falleció, las partidas que se expresarán por menor en la forma, y por las razones siguientes:

HA-

HABER.

HA de haber diez mil reales de vellon, los mismos que su difunto marido estaba debiendo à Santiago Delgado, por escritura que otorgó à su favor en tal dia, mes, y año, ante tal Escribano..... 10ℬ.

Idem, seis mil reales, que de resto de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle executó Francisco Sanchez, Maestro Alarife, le quedó debiendo: segun consta de la cuenta ajustada, y recibos puestos à su continuacion de lo que le habia satisfecho..... 6ℬ.

Idem, quatro mil, que tambien debia à Lorenzo Lopez, segun vale, su fecha tantos de tal mes, y año..... 4ℬ.

Idem, novecientos reales, que de resto de liquidacion de cuentas con varios Carreteros, que trageron materiales para dicha obra, les debía..... ℬ900.

Idem, trescientos reales, que debia à Maria de tal su criada, por el salario de tanto tiempo, à tanto cada mes..... ℬ300.

Idem, cinco mil reales, resto de una escritura de fianza de diez mil, que otorgó à favor de Don Juan Rodriguez, por Roque Alvarez su deudor, el qual falleció, sin dexar bienes con que pagarselos..... 5ℬ.

Y ultimamente, ha de haber tres mil y ochocientos reales, que debia por alcance de la administracion de los bienes de tal con-

curso, como resulta de la cuenta, y su aprobacion judicial..... 3@800.

Total haber..... 30@.

Las partidas que debe haber Doña Juana Velazquez como tal pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo de caudal, para cuyo pago se la aplican los bienes siguientes.

PAGO.

SE dán en pago, y adjudican à dicha Doña Juana Velazquez veinte y tres mil reales de vellon, los mismos que despues de pagados el funeral, entierro, y Misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, quedaron sobrantes de los veinte y seis mil, que existian en dinero efectivo quando falleció, y se pusieron por cuerpo de caudal..... 23@.

Idem, quatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo de caudal..... 4@.

Idem, se la aplican, y dán en pago tres mil reales de vellon, los mismos que está debiendo F. por tal razon, y deberá entregar tal dia..... 3@.

Total de bienes aplicados..... 30@.

Total haber..... 30@.

Queda pagada enteramente..... @.

Las partidas aplicadas à Doña Juana Velazquez ascien-

cienden à treinta mil reales de vellon, y los debitos que con ellas debe satisfacer, importan la misma suma, por lo que queda pagada enteramente. Y se previene queda obligada à recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas, y papeles calificativos de sus creditos, con los resguardos que deberán darla de haberselos pagado, y à entregarlos todos à los hijos de su marido para el suyo, y que jamás sean molestados por el todo, ni parte de su importe. Igualmente se previene, que si para cobrar los tres mil reales del credito que la vá adjudicado, hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, la deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos entre todos à prorrata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales integramente.

NOTA QUINTA.

CON arreglo à esta hijuela de deudas podrá hacer el Contador las que le ocurran de mayor, ò menor suma; y si los interesados quieren, tambien podrá incluir en ella no solo las que el testador tenia quando falleció, sino las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario, y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero, ò bienes en que ninguna pérdida tenga, como he advertido en el cap. 2. num. 52. del lib. 1. de este tratado. Se previene, que aunque nada esté pagado, se puede evitar el formarla separada, pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la sustancia, y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres, ò mas matrimonios

deben evacuarse por el propio orden, y método que ésta, adicionando los precisos presupuestos, y haciendo separadamente las liquidaciones, y aplicaciones, segun los casos ocurran, por lo que omito poner mas exemplares, pues bastante luz tiene el Contador con los dos, y sus notas para governarse, y no errar.

NOTA SEXTA.

EN el libro primero cap. 1. num. 15. de este tratado expuse, que en los inventarios no es necesaria la presencia del Juez. Digo ahora tambien, que en las particiones, aunque alguno de los herederos, ò todos sean menores, tampoco se necesita en tres casos: El primero, quando el testador las dexa hechas, como puede, segun las leyes 9. *tit.* 15. *Partid.* 6. *y Cum pater* 77. §. *Evictis* 8. *ff. de Legat.* 2. y valdrán, con tal que no perjudique à los legitimos en su legitima, pues si les perjudica, se les debe suplir lo que les falte, como lo ordenan las *Omnimodo* 30. y *Scimus* 36. *Cod. de Inofficioso testamento.* El segundo, quando en su ultima disposicion nombra tutor, ò diputa otras personas de su confianza que las executen, confiriendoles amplia, y especial facultad para ello, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaría, sin acudir à la Justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion; en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin su concurrencia, y no deberán pagar al Juez mas derechos que los del Auto, y al Escribano los de éste, y de los testimonios de las adjudicaciones; de cuya práctica testifica Colon en su Instruccion Juridica Tom. 2. lib. 3. cap. 3. num. 6. y que está en uso en el Reyno de Valencia, con aprobacion de su Real Audiencia, por la que se han despreciado los re-

recursos introducidos en contrario; y lo mismo sé que se practíca en el distrito de la Real Chancillería de Granada, por la que se libran à este efecto las provisiones que se piden. Que esto sea justo, y arreglado, se convence, y califica: Lo primero, porque no hay legal prohibicion, y como lo que no está prohibido se entiende permitido, y la voluntad del testador no siendo opuesta à Derecho, es ley inviolable, segun dixo el Emperador Cesar Augusto; por eso se debe observar lo que ordene justamente en su testamento. Lo segundo, porque lexos de haber prohibicion, le permiten las leyes del tit. 4. lib. 5. Recop. (de que hice lata mencion en el Tom. 1. de mi primera parte, cap. 1. §. 26. num. 265. y siguientes) dar poder à las personas que quiera, para ordenar su testamento, nombrar tutores, y evacuar todo lo que le parezca, y dexe de hacer por sí; por lo que puede conferirselo tambien para la confeccion extrajudicial del inventario, tasacion, y particion de sus bienes. Y aunque se alegue que de practicarlo de esta suerte se puede irrogar perjuicio à los hijos menores, por faltar la intervencion de Juez, no obsta: lo uno, porque queda salvo à estos su derecho hasta los veinte y nueve años de su edad para reclamar, y hacer que se reforme la particion, y se les desagravie: lo otro, porque el Juez no la hace, sino los Contadores que las partes, ò quien las representa, eligen, y en conformandose estas, la aprueba, ya esté bien, ò mal hecha, y el beneficio que se les sigue de evacuarse judicialmente, es, tener que pagar no solo à los Contadores, sino al propio Juez, Escribano, curador, ò defensor sus dietas, ò salarios, y menoscabarseles en su importe la herencia; y como su autoridad, por mas veces que la interponga, no quita el agravio, ni puede impedir à los agraviados el uso de su derecho hasta la referida edad, por

eso

eso vemos todos los dias pleytos de agravios hechos en particiones judiciales, y que su concurrencia nada remedia, ni los evita. Y lo tercero, porque el testador por el hecho de haber instituido à los herederos, se prueba que los amó; y como nadie puede pensar ácia su bien como él mismo, y una vez que manda hacer extrajudicialmente la particion, es visto procurarselo por los medios que le dictan su prudencia, y el amor que les profesa; y para evitarles dispendios superfluos, è inutiles, nombra personas de su confianza que formalicen la division; por eso debe ser obedecido. Y por esta razon, quando en su testamento nombra tutores de sus hijos, no se les piden fianzas, aunque no les releve de ellas, ni sean sus parientes, ni ley alguna los obliga à darlas, porque se presumen ser personas de integridad, y pureza, respecto la satisfaccion que de ellas hace para este encargo; lo que es al contrario en los tutores legitimos, y dativos, à los quales sin embargo de que sean parientes, y muy abonados, obliga la ley 9. tit. 16. Partid. 6. concordante con varias de el Derecho comun, à darlas, y en su obedecimiento asi se practica. Y el caso tercero es, quando son mayores todos los herederos, pues entonces pueden hacer por sí mismos el inventario, y particion como quisieren, y se convinieren, por escritura, ò del modo que les parezca. Por todo lo qual concibo que se debe introducir en todo el Reyno esta práctica, y mandar su inviolable observancia, sin que ningun Juez pueda impedirla: y si lo intentare, entonces como que está destituido de apoyo legal, y lexos de manifestar zelo del bien de los herederos, lo acredita de su privativo interés; y de ser su animo perjudicarlos, se le debe repeler, y prevenir para lo succesivo de su obligacion. Y del modo de ordenar la particion extrajudicial por medio de escritura, trato en las dos que se siguen.

PAR-

PARTICION EXTRAJUDICIAL hecha por los mismos herederos, y reducida à instrumento público.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano de su Numero, y testigos, Francisco, Diego, y Juan Fernandez vecinos de ella, hijos legitimos de legitimo matrimonio de Pedro Fernandez difunto, y mayores de veinte y cinco años, dixeron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta Villa el enunciado su padre baxo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes, y año ante F. Escribano del propio Numero, en el qual los instituyó por sus universales herederos, como sus unicos hijos, y de Andrea Perez su difunta muger, por cuya muerte aceptaron su herencia con beneficio de inventario, el que executaron solemnemente dentro del termino, y con la pureza, y escrupulosidad legal à presencia de F. Escribano Real, à consecuencia de Auto proveido ante mí à su instancia en tantos de tal mes por el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, de todos los bienes, creditos, caudal, y efectos que se encontraron pertenecerle, los que se valuaron por los respectivos perítos, que unanimes eligieron; y concluido el inventario, pagaron las deudas, que llegaron à su noticia tenia contra sí el nominado su padre. Y considerando que de nombrar Contadores judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, deliberaron hacer por sí mismos particion de ellos; y para que jamás se dudase de su veracidad, reducirla à instrumento público, la que con efecto evacuaron, segun su convenio, y me entregan firmada por todos, à fin de unirla à esta escritura, y en sus traslados insertar lo correspondiente con la adju-

di-

dicacion hecha à cada partícipe, y su literal tenor es el siguiente.

Aqui se insertan los presupuestos, y lo que corresponde à cada uno por su haber, quando se le dá su copia, y luego prosigue la escritura.

Y Para que la mencionada particion extrajudicial tenga el vigor, firmeza, y validacion que los interesados en ella apetecen, en la via, y forma que mas haya lugar en Derecho, cerciorados del que les compete, de su libre, y espontanea voluntad: Otorgan, que aprueban, ratifican, y dán por hecha perfectamente, y con el debido arreglo, y en caso necesario formalizan de nuevo la expresada particion, con sus presupuestos, (*si los tuviere, pues si no, no se hablará de ellos*) cuerpo de caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones, y todo lo demás que contiene; y de los bienes respectivamente aplicados à cada uno, como tambien de los titulos de pertenencia de los raices que le tocaron (*si no los hubiere, se omitirá esta expresion*) se dán por entregados mutuamente à su satisfaccion; y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta, y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no haberseles hecho, la ley nona del titulo primero, Partida quinta, que de ella trata, y los dos años que prefine para la prueba de su recibo, los que dán por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizan à su favor el mas eficáz recibo, y resguardo que à su seguridad conduzca: y en su consecuencia se desapoderan, desisten, quitan, y apartan, y à sus herederos, y succesores del dominio, ò propiedad, posesion, titulo, voz, recurso, y otro qualquier derecho, que à los referidos bienes, y cada cosa de la herencia les correspondia indistintamente,

y

y pudo corresponder mientras existieron pro indiviso, y todo con las acciones reales, personales, utiles, mixtas, directas, executivas, y demás que les competan, y han competido à ellos, y à cada alhaja, se lo ceden, renuncian, y traspasan integra, y reciprocamente sin la menor reservacion, atento à que con los que les están aplicados se hallan satisfechos, y reintegrados de su total haber paterno, por cuya razon quedan extinctas, fenecidas, y acabadas enteramente las que durante la proindivision tenian, para que de él se les hiciese pago. Y se confieren el mas amplio, absoluto, firme, è irrevocable poder que necesiten, con libre, franca, y general administracion, y facultad de substituirlo, y se constituyen Procuradores actores en su propio negocio, para que cada uno tome, y aprehenda la real tenencia, y posesion de los que se le adjudicaron, y los venda, cambie, enagene, use, y disponga de ellos à su arbitrio, y eleccion, como de cosa suya adquirida con legitimo, y justo titulo, como lo son la adjudicacion que se le formó, y este instrumento, del que quieren se dé à cada uno copia autorizada, con insercion de su hijuela, presupuestos, declaraciones, y demás que corresponda, à fin de que le sirva de titulo legitimo de pertenencia de su haber, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse transferido à todos, y cada uno la posesion, y dominio de quanto les tocó, y se les adjudicó, y en el interin se constituyen sus inquilinos, tenedores, y precarios poseedores en legal forma Y declaran, que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, quota, y calidad de los aplicados à todos tres no hubo lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud, y pureza, y observado en su distribucion, y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en to-

das sus clases, sin causarles agravio; y en caso que lo haya habido, ya consista en error material de calculo, ò en el modo, y forma de liquidar, deducir, aplicar, y distribuir, ò en otra cosa que por olvido, ò ignorancia no se haya tenido presente, se remiten, y perdonan la cantidad à que ascienda en poca, ò mucha suma, de la qual se hacen mutua gracia, y donacion pura, perfecta, è irrevocable entre vivos con insinuacion, y demás firmezas legales; y à mayor abundamiento renuncian la ley quarta del titulo septimo libro quinto del Ordenamiento Real establecida en las Cortes celebradas en Alcalá de Henares, que trata de lo que se vende, y permuta, y de otros contratos en que interviene lesion en mas, ò menos de la mitad de lo justo, y los quatro años que prescribe para pedir rescision de los referidos contratos, ò suplemento à el legitimo, y verdadero valor de las cosas en ellos contenidas, los que dán por pasados como si efectivamente hubieran transcurrido, para no aprovecharse jamás de su auxilio. Y se obligan à que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes, creditos, y efectos pertenecientes à la testamentaría del nominado su padre, los dividirán entre sí con la misma proporcion que los inventariados sin diferencia; y con la propia prorratearán, y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, à todo lo qual han de poder ser compelidos por todo rigor de Derecho, y via executiva, como igualmente à la solucion de las costas, daños, y perjuicios que el que se apoderare de los bienes que se descubran, ocasionare à los coherederos con resistirse à su manifestacion para dividirlos entre todos, ò diferirla maliciosamente; ò que por morosidad no hiciere puntual pagamento de la porcion que le toque de las deudas que aparecieron contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ò

de

de quien los represente, sin otra prueba, ni averiguacion, pues de ella se relevan en forma. Y en cumplimiento de lo ordenado por la ley nona titulo decimo quinto de la Partida sexta, se obligan asimismo à la eviccion, seguridad, y saneamiento de los bienes respectivamente aplicados à cada uno; y à que si algunos de los raices, ò redituables salieren fallidos, por pertenecer à tercero, ò estuvieren hipotecados, y afectos à gravamen, ò responsabilidad, que por ignorarse, ò por otra causa legal, aunque aqui no se especifique, no se deduxo, le reintegrarán de lo que les quepa, y deban resarcirle; y si se le moviere pleyto sobre ellos, ò qualquiera finca, por poco que valga, saldrán à su defensa, requiriendoles previamente conforme à Derecho, y haciendoselo saber en el termino que éste prefine, y no de otra suerte, y lo seguirán à sus expensas en todas instancias hasta executoriarlo, y dexarle en su quieta, y pacifica posesion, y segura propiedad, sin que de su caudal tenga que lastar, ni desembolsar cantidad la mas leve; y si una vez requeridos, y citados de eviccion en la manera propuesta, no lo siguieren, lo ha de continuar el demandado, y no tener necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleyto, pues la primera citacion ha de ser, y entenderse perentoria para todos los tramites del juicio en qualquiera instancia, y en este caso si obtuviere sentencia propicia, le bonificarán, y pagarán todas las costas, y daños que exprese haber expendido, è irrogadosele, ya lo siga por sí, ò se valga de otro à quien satisfaga el trabajo de su solicitud: y si fuere condenado, y despojado de la finca, ò fincas litigiosas, no solo le han de abonar, y reemplazar de los referidos gastos, costas, y daños, sino de el valor en que las fincas desmembradas le fueron adjudicadas, y de los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, sin

faltar cosa alguna baxo de la propia pena de execucion, y costas, girandose la cuenta entre todos tres; en atencion à que si los bienes existieran sin dividirse, saldria todo de la masa comun, y cada uno tanto menos percibiria; sin que para eximirse de su solucion, y abono les sufrague el quererle imputar à culpa, ò negligencia suya la pérdida del pleyto, pues sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que lo abandone sin hacer defensa alguna, ò no apele de la decision condenatoria en tiempo, y forma, ò que lo comprometa sin previa, y expresa annuencia, y consentimiento por escrito de los coherederos, ù ocurra alguna de las otras causas, por las que segun Derecho no hay obligacion à la eviccion, y saneamiento, de que tratan las leyes treinta y seis, y treinta y siete del titulo quinto, Partida quinta, pues en estos casos, y no en otro, sea el que fuere, no quedan, ni han de ser obligados à ella. Igualmente se obligan à no reclamar esta escritura, ni oponerse à su contexto total, ni parcialmente, y si lo intentaren, à mas de no deberseles admitir judicial, ni extrajudicialmente, ha de ser visto por el propio hecho haberla aprobado, ratificado, y otorgado nuevamente con mayores vinculos, y estabilidades, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato: y para su mas exacta, integra, y puntual observancia se imponen reciprocamente la pena de tantos reales, (*sino hubiere pena, porque no quieran imponersela, se omitirá esta clausula*) en que desde ahora se dán por incursos, y condenados irremisiblemente, sin mas sentencia, ni declaracion, para que se exija al infractor tantas quantas veces contraviniere, y se retractare de cumplir lo pactado; y quieren que ya la pague, ò se le remita, se lleve no obstante à debido efecto esta escritura en todas sus partes, sin alteracion, interpretacion, ni tergiversacion, y que se suplan

plan todos los defectos de solemnidad, sustancia, y demás que contenga, pues los dán por suplidos, y la formalizan con todos los requisitos que legalmente son precisos para su mayor validacion, y subsistencia; y à su cumplimiento obligan sus personas, y bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros, &c.

Aqui las clausulas generales.

NOTA.

ESta escritura se puede presentar al Juez de la testamentaría para que la apruebe; bien que no es necesaria su aprobacion, mediante ser mayores de veinte y cinco años los herederos, poder obligarse como quieran, y quedar eficazmente obligados segun la ley 2 tit. 16. lib. 5. Recop. Pero si todos, ò alguno fueren menores, se ha de impetrar licencia del Juez para otorgarla, con previa, y formal audiencia de su curador *ad litem* que debe concurrir al otorgamiento, de que le debe proveer, no teniendo edad para nombrarlo, y si la tiene, hacerle que lo nombre, y no queriendo elegirlo, nombrarselo de oficio por su contumacia, y asimismo con inspeccion, è inquisicion de si es, ò no util al menor; y despues de otorgada con el aditamento de las clausulas, y renunciaciones tocantes à los contratos de menores que expliqué en los capitulos quarto, y septimo de mi primera parte, se le presentará para su aprobacion, è interposicion de su autoridad; y lo mismo se practicará interviniendo fatuo, loco, ò desmemoriado. Y se previene, que en ella se han de relacionar, y unir à su protocolo, originales, los autos que precedieron, è insertar con el de su aprobacion, que tambien se ha de unir à él con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas. Todo lo qual se en-

entiende, excepto que el testador dexe hecha la particion sin agravio de las legitimas de sus legitimos herederos; ò que dipute personas de su confianza para hacerla, y el inventario, sin concurrencia de Juez en la forma expresada en la nota sexta del segundo exemplar, pues entonces no es necesario acudir à él para otra cosa que para la aprobacion, y basta que los nombrados la otorguen en uso de sus facultades.

OTRA.

SI hubiere habido pleyto sobre los derechos de alguno de los interesados, y antes de concluirse, se transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él, y del modo en que se convinieron: y por lo respectivo à lo que se transija, llevará tambien la escritura las clausulas relativas, y concernientes à la estabilidad de las transacciones, de que traté en el cap. 10. de mi primera parte num. 21. al 23. Si no hay bienes raices, ni efectos productivos, ò aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al sanéo, ni eviccion de los que les salgan fallidos, ò se les quiten en juicio, antes bien ha de ser de cuenta, y riesgo del despojado, su falencia, pérdida, y menoscabo, sin quedarle regreso, ni repeticion por su importe contra los coherederos, se expresará asi, y omitirá la clausula que de ella trata. Y si una finca raiz, ò redituable se divide entre dos, ò mas, en este caso como que cada uno debe tener titulo de la porcion que en ella le cupo, se expresará en la escritura: que à todos se han de entregar copias testimoniadas del titulo, en las que, y en este se pondrán las competentes notas, que contengan una misma cosa en sustancia, quedandose el titulo original en poder del que lleve la mayor

yor parte, ò sea mayor en edad, ò mas honrado, el qual se ha de obligar à manifestarselo, y permitirles saquen à su costa copias de él, con inclusion de la nota que se le ponga, siempre que se les pierdan, ò rompan las que se les entregan, segun lo preceptuan las leyes 7. y 8. tit. 15. Partid. 6. advirtiendo, que los derechos de estas deben ser comunes de la testamentaría como precisos para su entera evacuacion, lo que al contrario los de la que se pierda despues à alguno, pues deberá satisfacerlos de su caudal.

ESCRITURA DE PARTICION.

EN tal Villa, à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano de su Numero, y testigos, Pedro, y Antonio Lopez, vecinos de tal Villa, y hermanos enteros de Francisco Lopez difunto, que lo fue de ésta, y Lorenzo Fernandez, de la propia vecindad, sobrino de éste, y de aquellos, è hijo legitimo, y unico de Juan Fernandez, y de Maria Lopez su muger, tambien difuntos, y esta hermana igualmente entera de todos tres, y todos los otorgantes mayores de veinte y cinco años dixeron, que el enunciado Francisco Lopez hallandose viudo, falleció en tal dia de tal mes, y año, sin haber hecho disposicion testamentaria, ni dexado posteridad legitima, con cuyo motivo el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, previno su abintestato, hizo recoger, y custodiar sus bienes con toda formalidad; mandó llamar por edictos, que se fixaron en ella, y en la de los otorgantes, à todos los que pretendiesen tener derecho à ellos por razon de parentesco, y citar à estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; y en virtud de la citacion acudieron à su Juzgado por mi Oficio en donde pende

de el abintestato, à legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitaron los declarase por sus unicos, y legitimos herederos, como hermanos, y sobrino enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado, y prerrogativa de consanguinidad, à cuyo fin presentaron los documentos calificativos que lo acreditaban, y aceptaron su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos, è informacion que produxeron; de que en el termino prefinido en los edictos nadie mas compareció, pretendiendo derecho à su herencia; y de ser pasado el legal, y mucho mas, defirió à su solicitud ante mí en tal dia, declarandolos por unicos herederos abintestato con igualdad del prenotado Francisco Lopez, como tales hermanos, y sobrino carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes baxo la obligacion de satisfacer su funeral, y entierro, y con la mayor prontitud hacer por su alma los sufragios correspondientes à su calidad, y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion, y dando por libre à F. depositario de ellos (verificada su entrega) del deposito que habia constituido, y responsabilidad à que estaba obligado: y en consecuencia de esta declaracion, y entrega hicieron inventario solemne, y formal, con la correspondiente exactitud de quantos bienes, efectos, y creditos en pro, y en contra se hallaron, los que por evitar dilaciones, y mayores gastos, resolvieron dividir amigablemente por este instrumento: y para que tenga efecto su convenio, en la via, y forma que mas haya lugar en Derecho, otorgan, que dividen entre sí, y hacen particion de todos los bienes, caudal, y efectos inventariados por fallecimiento del expresado Francisco Lopez, con arreglo à lo que por Derecho, y por la declaracion del Auto re-

relacionado les corresponde, en la forma, y con los presupuestos siguientes.

Aqui se pondrán los presupuestos, cuerpo de caudal, deducciones, liquidaciones, y adjudicaciones por el orden, y método que en los dos exemplares de Particiones judiciales; y concluido todo, proseguirá lo decisivo, ò dispositivo de la escritura.

Y Mediante haber examinado muy por extenso los otorgantes antes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye, está conforme à su convenio, y derechos que les competen, y no contiene el menor agravio en la quota, ni calidad de bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo, ni otro, la aprueban, ratifican, y dán por executada bien, y fielmente, y con la legalidad que se requiere; y de los aplicados respectivamente à cada uno de los tres se dán por satisfechos, y entregados reciprocamente à su voluntad, y aunque su entrega ha sido real, y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion, &c.

Proseguirá como la anterior.

NOTA.

AUnque esta escritura es diferente de la que precede en su introduccion, no se distingue en lo sustancial para su estabilidad, y firmeza, y asi proseguirá como aquella, haciendo en ella las declaraciones, y obligaciones que correspondan, y pacten los interesados, y quitando, mudando, y adicionando lo conveniente, y preciso, segun lo que ocurra; y respecto à que teniendola presente, y la nota puesta à su continuacion, se puede hacer con facilidad, y perfeccion, omito concluirla; y

solo prevengo, que si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacua la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago à su favor, y darle por libre, è indemne de su responsabilidad, y deposito.

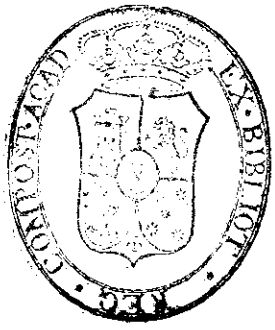
OTRA SOBRE EL PAPEL SELLADO.

EL papel, que corresponde à estas escrituras, es el del sello quarto mayor para el protocolo, y para las copias, ò testimonios de las adjudicaciones el del sello tercero, porque la ley no distingue entre las hechas por Contadores, ò por escritura; y mediante hablar indistintamente, y surtir el propio efecto, ya se hagan de un modo, ò de otro, deben llevar el mismo papel las copias, y en el intermedio comun.

Con cuyos exemplares, y prevenciones me parece he cumplido, y evacuado el reiterado encargo que me hizo el Ilustrisimo Señor Don Pedro Rodriguez Campomanes, en quanto estuvo de mi parte; por lo que à honra, y gloria de Dios, y de su Santisima Madre, en cuyo soberano auspicio, y proteccion libré totalmente mi confianza para el acierto, (*quia omne bonum desursum*) y à quienes si es que lo tuve, lo debo en el todo, pues si no, era absolutamente imposible à mi ineptitud el conseguirlo en Obra tan basta, intrincada, y escabrosa, sin embargo de las insuperables diarias fatigas de mas de quatro años que en ella me ocupé, la concluyo para instruccion, y alivio del Contador lego principiante, y demás aplicados; à todos los quales suplíco encarecidamente usen de toda su prudencia en disimular, y disculpar los yerros, y defectos que tenga, haciendose cargo de mi limitado talento, y ninguna literatura, de que conociendo todo esto, me resis-

sistí mas de cinco años à emprenderla, pero al fin me ví obligado à sacrificar mi obediencia, y ceder, porque las meras insinuaciones de estos personages son preceptos rigorosos para los que somos inferiores, y de que no tuve el mas leve auxilio, ni aun para su inspeccion, y correccion de persona alguna; pues asi lo espero de su christiana piedad, y recto modo de pensar. Madrid, y Noviembre cinco de mil setecientos setenta y nueve.

FIN DEL TRATADO DE PARTICIONES.


COMPOST·ACAD·
EX·BIBLIOT·

LIBRERIA
DE ESCRIBANOS,

É INSTRUCCION JURIDICA THEORICO práctica de Principiantes.

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS de inventario, y particion de bienes de difunto, ordinario, executivo, y de concurso, y prelacion de acreedores.

OBRA UTILISIMA PARA TODA CLASE DE PERSONAS.

SU AUTOR

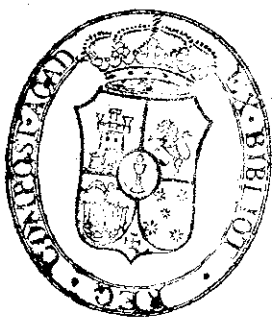
DON JOSEF FEBRERO, NATURAL de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y Agente de negocios de los Reales Consejos.

TOMO TERCERO.

DE LOS TRES JUICIOS ORDINARIO, Executivo, y de Concurso, y prelacion de acreedores, y de la forma de estender las diligencias que en ellos ocurren.

Con las licencias necesarias.

MADRID: En la Imprenta de Don PEDRO MARIN, año de 1781.


REGIAE ACAD. MATRIT. BIBLIOT.

PARTE SEGUNDA

DE LA LIBRERIA DE ESCRIBANOS.

LIBRO TERCERO.

De los Juicios civil ordinario, executivo, y de concurso de acreedores.

CAPITULO PRIMERO.

DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO

en primera instancia hasta la sentencia difinitiva.

SUMARIO.

§. I.

1. *Introduccion à este Capitulo.*
2. *¿Qué es* Justicia?
3. *¿Quántas clases hay de Jueces que la administren?*
4. *¿En qué se diferencian estos nombres* causa, pleito, instancia, y controversia; *y qué significa cada uno?*
5. *¿Qué es* Juicio, *y para qué fue establecido?*
6. 7. *¿Qué personas son pre-*

precisas para constituirlo; y cómo se llaman?

8. *¿Quántas clases hay de juicios, y en quál se observan los requisitos, y solemnidades legales?*

9. *Pidiendo alguno al Soberano que mande oirle, breve, y sumariamente; si éste da comision, diciendo:* que se le oiga, y haga Justicia *¿cómo se debe proceder?*

10. *¿Quál se llama juicio* civil, criminal, y mixto?

11. *¿Y quál* petitorio, posesorio, difinitivo, interlocutorio, y mixto?

12. *¿En qué dias no deben hacer juicio en causas civiles los Jueces Ordinarios, Delegados, y Arbitros?*

13. *¿Quáles se llaman dias feriados, ò ferias* sagradas, rusticas, y repentinas?

14. *¿Quiénes pueden comparecer en juicio, y elegir Arbitros?*

15. *¿En qué casos pueden, ò no comparecer en juicio los Religiosos, y siervos?*

16 *El hijo de familia, que está bajo de la patria potestad, ¿en quáles puede demandar à su padre legitimo, ò adoptivo?*

17. 18. *Estando fuera de su poder, ¿si deberá, ò no pedirle la* venia, *para demandarle civilmente, ò à otro?*

19. 20. *¿Quiénes, y à quién deben pedirla tambien, para demandar à otros?*

21. *¿En qué casos se pueden demandar, ò no criminalmente los hermanos?*

22. *¿Y en quáles los criados à sus amos?*

23. 24. 25. *El menor de veinte y cinco años, y los mudos, sordos à nativitate, prodigos declarados, locos, y mentecatos, ¿si podrán, ò no comparecer en Juicio en causas profanas, espirituales, y beneficiales.*

26. *Estando imposibilitado el Curador del menor de comparecer en juicio, puede nombrar Procurador para negocio determinado.*

27. *¿En qué casos puede comparecer en Juicio la muger casada sin licencia de su marido?*

28. *¿En quáles el marido, y su heredero pueden intentar causa criminal contra la muger; ò ésta contra aquel?*

29. *¿Y en quáles el poder para pleitos debe ser especial; y el Apoderado para un pleito puede substituir el suyo, y su substituto substituir tambien?*

§. II.

30. *QUé es demanda, ò libelo; y cómo se ha de poner?*

31. *Actor puede ponerla por sí, ò por medio de Procurador, y*

y para ello ha de mirar seis cosas.

32. *La primera, quien es el sugeto, à quien quiere demandar.*

33. *La segunda, qué es lo que pretende, y cómo lo ha de especificar.*

34. *La tercera, à qué Juez debe acudir.*

35. 36. *¿Qué significados tiene esta palabra* Fuero, *y de quántas maneras es?*

37. *¿En qué casos puede ser demandado el reo fuera de su domicilio?*

38. 39. *¿Por qué causas puede serlo en la Corte, Chancillerías, y Audiencias?*

40. 41. *¿Qué personas gozan del privilegio de caso de Corte?*

42. *¿En qué causas no gozan de él?*

43. *Siendo individuo, y comun à dos el negocio, ¿si gozará, ò no del referido privilegio el no privilegiado, como el que lo es?*

44. *Los Oidores no pueden conocer en primera instancia dentro de las cinco leguas sino por caso de Corte; ni los Procuradores de Corte ser presos en ella sino por ciertas causas.*

45. *Por las deudas de los Concejos no deben ser prendados en la Corte sus Procuradores; ni el privilegio expresado compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste no quiere usar de él.*

46. 47. *Casos de Corte; ¿por qué se llaman asi; quales son notorios, ò no, y civiles y criminales: y quándo basta alegarlos, ò es preciso probarlos, para que se admita el recurso?*

48. *al* 51. *¿En dónde debe ser demandado el heredero, ya sea, ò no privilegiado?*

52. *Estando sin aceptar la herencia, ¿en dónde se la ha de reconvenir?*

53. *al* 58. *La quarta cosa, que debe mirar el actor, es: el no excederse de lo que debe pedir, lo qual puede verificarse de quatro maneras.*

59. *La quinta, por qué derecho, y razon pretende lo que demanda.*

60. *al* 62. *Y la sexta, cómo ha de ordenar la demanda.*

63. *Para que pueda ser compelido el deudor à arraigar el juicio, siendo fallido, ò presumiendose que huirá, ¿qué debe practicar el actor?*

64. *Intentando el actor la reivindicacion, ¿cómo ha de concluir su pretension?*

65. 66. *¿Quándo puede ser obligado uno à demandar à otro?*

67. 68. *¿Qué es cumulacion de acciones, y de quántas maneras?*

69. *al* 71. *Actor, ¿si podrá, ò no proponer, y cumular en un libelo muchas acciones civiles, y criminales contra uno ò mas sugetos; y pretender simul-*

taneamente la propiedad, y posesion?

72. 73. ¿En qué casos no se pueden proponer, ni cumular?

74. 75. ¿Y en quáles podrán?

76. ¿Si podrá, ò no el actor demandar civilmente à muchos por una misma cosa; è intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, ò por uno?

77. al 79. Compitiendo al actor contra el reo accion civil, y criminal por un hecho, ò delito, ¿si podrá, ò no intentarlas ambas principalmente en un libelo?

80. al 82. ¿Quándo se entienden incoadas expresa, y tacitamente la accion civil, y criminal?

83. al 92. Deduciendo el actor su accion civil, y proponiendo el reo despues principalmente contra él la criminal, ¿si ésta, ò la civil son prejudiciales, quál causa se debe seguir primero, ò si ambas se seguirán à un tiempo?

93. Y deduciendo su accion, y el reo su acusacion por incidencia, ò por via de excepcion, ¿si se deberán, ò no determinar ambas en una sentencia?

94. 95. Siendo criminales las referidas dos acciones, y la segunda mayor que la primera, ¿quál se deberá resolver primero?

96. Proponiendo dos actores contra un reo dos acusaciones ante uno, ò mas Jueces, el uno por delito grave, y el otro por leve, ¿de quál se ha de tratar primero, y por qué?

97. 98. ¿Quándo se podrá corregir, mudar, ò ampliar la demanda?

99. Demandando dos à uno por una misma cosa ¿à quál ha de responder primero? Y si ambos ocurren à un tiempo à poner su demanda, ¿qué ha de hacer el Juez?

100. Ocurriendo duda en las palabras de la demanda, ¿cómo se ha de entender?

101. 102. Se explican las siete clausulas generales. que se suelen poner en las demandas.

103. Se trata del juramento, y sus divisiones.

104. al 108. ¿Qué es Juramento de Calumnia: en qué causas, y por quién debe hacerse, y sobre qué cosas ha de recaer?

109. 110. ¿Qué es Juramento de Malicia: sobre que cosas puede hacerse, y en qué se diferencia del de Calumnia?

111. ¿Quál se llama Juramento de Decir verdad, y quiénes pueden hacerlo?

112. ¿Juramento decisorio litis voluntario, quál es?

113. ¿Quál el necesario?

114. ¿Y Quál el judicial?

115. 116. ¿Qué cosas se re-

requieren para hacer estos Juramentos?

117. *al* 120. *Juramento* in litem, *¿quál es; qué circunstancias se requieren para que se defiera à él; y sobre qué cosas debe recaer?*

121. *¿Quándo, y por qué puede hacer Juramento* in litem, *el menor contra su Tutor?*

122. *al* 124. *Juicio civil ordinario, ¿si se podrá principiar, ò no por declaracion jurada del demandado? ¿Qué preguntas puede hacerle el demandante, y à quáles está, ò no obligado à responder?*

125. *¿En qué casos se puede empezar por embargo de bienes?*

126. 127. *¿En quáles por informacion de testigos à instancia de actor, y reo?*

128. *¿Y en quáles se admite la informacion antes de la contestacion?*

§. III.

129. *¿Qué es citacion, ò emplazamiento verbal?*

130. *¿Quiénes además del reo deben ser citados al principio, ò en el progreso del pleito?*

131. *¿A qué personas no es necesario citar, para que les pare perjuicio?*

132. *al* 134. *¿Ante qué Juez debe comparecer el citado: cómo se le ha de citar, no pudiendo ser hallado en su casa, ò no teniendola en el Pueblo, y cómo, siendo inciertas las personas que deben citarse, ò aunque ciertas, tantas, que sin grave dificultad no pueden ser habidas?*

135. *Siendo menor el que ha de ser citado ¿qué se debe practicar?*

136. *al* 139. *Estando domiciliado el reo en territorio de otro Juez ¿cómo ha de ser citado; qué debe insertarse en la requisitoria de emplazamiento; y quánto tiempo ha de existir ésta en su juzgado despues de evacuada?*

140. 141. *¿A quién basta que se notifiquen las demandas contra Concejo, Comunidad, Cabildo, y Universidad; ò contra persona privada, que no puede ser hallada, y tiene Procurador, ò Apoderado en el Pueblo?*

142. *El demandado vecino del Pueblo del juicio puede comparecer en éste por sí, sin estár obligado à nombrar Procurador.*

143. *Siendo citado por varios Jueces, ¿ante quál debe comparecer, ya sea civil, ò criminal la causa?*

144. 145. *¿En los negocios civiles quándo podrá, ò no hacerse la citacion en dias feriados, ò de noche, y en la Iglesia; y en qué casos no es necesario hacerla?*

146. *Mudandose de Juez en*

en otro Tribunal; ò delegando su jurisdicion el de la causa; ò muriendo alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion.

147. 148. *¿Quál se llama citacion* Real; *qué efecto causa; y si por ella se incóa, ò no el uso de la accion civil, y criminal?*

149. *al* 151. *¿Y quál citacion* in scriptis; *en qué casos tiene lugar; y qué Jueces pueden hacerla?*

152. 153. *¿Qué es* contumacia, *ò rebeldía, y quándo se comete?*

154. *¿De quántas maneras es?*

155. 156. *¿En qué se diferencia la verdadera de la ficta; y quándo no incurrirá el reo en ella?*

157. 158. *¿Contra el verdadero contumáz siendo actor, cómo puede proceder el Juez?*

159. *¿Y cómo, siendo reo?*

160. *al* 164. *Hallandose domiciliado el reo en otra jurisdicion, debe ser citado por requisitoria; ¿cómo debe ordenarse ésta, y si el Juez requerido deberá, ò no cumplimentarla?*

165. *¿Quál es la via de* Asentamiento, *y à quién, y contra quién compete?*

166. *¿Qué personas no incurrirán en contumacia?*

167. *Muger honesta no debe ser emplazada para ir ante el Juez en causas civiles; y si éste la solicitó torpemente, tampoco debe ir, ni ninguno de su casa, ni debe conocer de sus causas.*

168. 169. *Compitiendo accion al demandante contra bienes de difunto, ¿qué debe hacer, ya acepten, ò repudien sus herederos la herencia; ò callen?*

170. *¿Y qué, si le compete contra la muger, para reconvenirla por su mitad de gananciales?*

171. *al* 173. *Y compitiendole contra captivo, ò ausente ultra mar, que no tiene Apoderado en el Pueblo del juicio, ¿cómo se ha de proceder?*

§. IV.

174. 175. *¿Qué es excepcion, y defensa; y quántas clases hay de excepciones?*

176. 177. *¿Quáles se llaman* mere dilatorias; *à qué tienen su tendencia; y quál debe proponer primero el reo?*

178. *al* 181. *¿De quántas maneras se puede prorrogar la jurisdicion?*

182. *al* 187. *¿En qué casos se puede, ò no hacer expresa, y tacitamente la prorrogacion de ésta?*

188. *¿Por qué actos judiciales no se prorroga?*

189. *Juez prorrogado, ¿si podrá, ò no executar su sentencia?*

Pro-

190. *Propuestas la declinatoria, ù otras excepciones, ¿si deberá, ò no el Juez declararlas expresamente, ò podrá reservar para difinitiva su declaracion?*

191. *Formando articulo de no contestar el reo, si se desprecia, ¿en qué caso podrá pedir termino para hacer la contestacion; y si se le deberá conceder, ò no?*

192. *Excepciones de legitimacion para pedir, y comparecer en juicio, ¿à quién tienen su tendencia?*

193. *al* 195. *¿En qué casos deberá legitimar su persona el actor al principio del pleito, ò bastará hacerlo en el termino de prueba?*

196. *¿Qué fianzas se admiten por excepciones dilatorias, concernientes à la persona, y se han de decidir previamente?*

197. *¿Qué excepciones dilatorias miran à los meritos de la causa, y quándo las ha de proponer el reo?*

198. *Acumulacion de autos, ¿en qué parte del juicio se debe pretender?*

199. 200. *Para que se verifique haber* litis pendencia, *¿qué es necesario; en qué casos se puede enagenar la cosa litigiosa; y si por estár pendiente el pleito, se privará, ò no al reo de su uso, y aprovechamiento?*

201. *al* 203. *¿Por quántas causas se debe hacer la cumulacion de autos, ò procesos?*

204. *¿En qué casos no debe hacerse, aunque la continencia de la causa se divida?*

205. 206. *Estando pendientes autos ante Escribanos de un mismo fuero, ò de diverso, ò ante dos Jueces, uno mas digno que el otro, ¿ante quál se ha de pretender su acumulacion?*

207. *Habiendo, ò no lugar à ésta, ¿qué debe hacer el Escribano, yá se le quiten, ò no los autos?*

208. *¿Quáles excepciones se llaman* mere peremptorias, *y quándo se deben oponer, y decidir?*

209. *al* 211. *¿Quáles* mixtas, ò anomalas, *y en qué estado de la causa se deben oponer, y definir, ya se ofrezcan probar, ò no* incontinenti?

212. *¿Quándo se deben definir las excepciones* emergentes, *ò incidentes?*

213. 214. *¿Qué excepciones se llaman* prejudiciales de per se, ò respectivè, *y quándo se han de decidir?*

215. 216. *¿Dentro de qué termino debe proponer el reo todas las excepciones referidas?*

217. 218. *En la instancia en que dentro del competente propuso alguna, ¿si podrá, ò no proponer otra, ù otras despues de*

de hecha publicacion ; ò articular sobre la que no alegó ?

§. V.

219. 220. *¿Qué es contestacion de demanda, y qué efectos produce ?*

221. 222. *¿ En qué termino debe contestarla el reo ?*

223. *¿ Qué cosas son precisas para haberle por contumáz?*

§. VI.

224. 225. *¿Qué es reconvencion, y quién puede hacerla, ò no ?*

226. *¿ En qué se diferencia de la excepcion, y compensacion ?*

227. *¿ Qué efectos producen la prevencion de jurisdicion, y la reconvencion ?*

228. *¿Si se podrá verificar, ò no de parte de ambos litigantes la prorrogacion de jurisdicion?*

229. *¿ Quándo se verifican juntos en los juicios dos de los quatro efectos de la reconvencion, y quándo uno solamente?*

230. *al* 232. *¿ En qué casos el actor (yá sea, ò no Clerigo) puede, ò no escusarse de responder à la reconvencion del lego demandado ?*

233. *al* 235. *¿ Dentro de qué termino debe proponer el reo la reconvencion ; y una vez propuesta, qué se ha de practicar?*

236. *Concluyendo llanamente el actor, ò solamente sobre su demanda, desentendiendose de la reconvencion del reo, ¿ qué debe practicar éste ?*

237. *Puede hacerse la reconvencion ante el Juez delegado, electo à instancia del actor, y no de motu propio del Principe ; pero no apartarse el actor de su convencion despues de la reconvencion, sin permiso del reo.*

238. 239. *¿Si se podrá, ò no hacer ante los Jueces particulares de algunas personas, y ante el prorrogado ?*

240. *¿ Quando podrá ser, ò no reconvenido el actor ante el arbitro ?*

241. *¿ En qué caso habrá lugar la reconvencion ante el Juez de apelacion ?*

242. 243. *¿ Si lo habrá, ò no ante el Diputado para conocer de cierta especie de causas ?*

244. *No siendo exceptuadas las causas, ¿ si lo habrá, ò no, aunque la de convencion, y la de reconvencion sean de diverso genero?*

245. 246. *En las executivas; en las sumarias, y quando se implora principalmente, y no por incidencia el oficio del Juez ; ò quando la una es sumaria, y la otra plenaria, y en las de deposito, y apelacion, ¿ si lo habrá, ò no ?*

¿Quán-

247. ¿*Quándo lo habrá, ò no en las criminales*?

248. ¿*Quántos juicios posesorios hay, cómo se llaman, y para qué son*?

249. *al* 251. ¿*Qué remedio concede el derecho al despojado por fuerza, ò clandestinamente para ser restituido; dentro de qué termino puede intentarlo; y qué debe hacer el Juez*?

252. *al* 256. ¿*Contra qué personas le compete, ò no, y sobre qué bienes*?

257. 258. ¿*Quiénes no pueden intentarlo sino en un caso; y en qué pena incurre el despojador extraño, ò deudor del despojado*?

259. 260. ¿*Si se deberá, ò no admitir la reconvencion del despojador, quando el despojado intenta el posesorio* recuperandæ, *y aquel otro igualmente privilegiado sobre despojo de otra albaja, y no de la misma; y estará, ò no obligado à restituir aunque sea tercero poseedor*?

261. 262. *Reconvencion del posesorio* adipiscendæ, *ò del* petitorio *sobre la misma albaja, aunque el despojador, ò un tercero digan que es suya, ò sean menores; si confiesan que el despojado es Señor de ella, y éste intenta el posesorio* recuperandæ, *no se admite.*

263. *Despojado*, ¿*si estará, ò no obligado à responder à la reconvencion del posesorio* retinendæ *sobre la misma albaja, que le hace el despojador*?

264. *Si habrá, ò no lugar la reconvencion del posesorio* recuperandæ *contra el tercero, que por via de accion pone la convencion del* retinendæ.

265. *Intentando el actor el* petitorio, *ò reivindicacion*, ¿*si habrá, ò no lugar la reconvencion sobre el violento despojo de otra cosa; ò ambas causas se seguirán à un tiempo*?

266. *Litigando el actor sobre el posesorio* recuperandæ, *y el reo sobre el* petitorio, *si sale un tercero pretendiendo por el mismo petitorio la albaja, ¿qué se debe hacer*?

267. *al* 270. ¿*Quándo se pueden, ò no cumular, y seguir en un juicio las causas de posesion, y propiedad*?

271. 272. ¿*Y quándo tratar, ò no ante un mismo Juez*?

273. *El que intenta el petitorio, ¿si podrá cesar en él, y bolver al posesorio antes, ò despues de la conclusion*?

§. VII.

274. ¿*Dentro de qué termino ha de recibir el Juez los autos à prueba despues de conclusos*?

275. 276. ¿*A quién se debe notificar el auto de prueba, y si el*

el Juez deberá ver por sí los autos, ò podrá tener Relator?

277. 278. *¿Qué es prueba, y qué nombres se la dan?*

279. *¿A quién incumbe regularmente hacerla?*

280. *al* 282. *¿Quál se llama* negativa *de* derecho, *de* qualidad, *y de* hecho, *y de quántas maneras es ésta?*

283. *¿Sobre qué se ha de hacer la prueba judicial, y por qué medios puede hacerse?*

284. 285. *¿Qué es confesion, ò declaracion judicial, y en qué clases se divide?*

286. 287. *Para que haga fé, y aproveche al adversario del confitente, ¿qué circunstancias ha de tener, y en qué estado del pleito se puede pedir?*

288. 289. *¿Quáles se llaman* posiciones, *y articulos; por quién fueron inventadas; en lugar de qué suceden; quién puede hacerlas, y quándo; y si despues de hechas las podrá revocar, ò enmendar?*

290. *¿En qué se diferencian las* posiciones *de los* articulos, *ò interrogaciones?*

291. 292. *¿Si los Procuradores de los litigantes podrán, ò no hacer posiciones al modo que éstos; y qué es lo que se practíca?*

293. 294. *¿Quándo debe, ò no responder cathegoricamente à ellas el preguntado; en qué pena incurre sino lo hace, ò no quiere declarar, ò se ausenta, ò se lo convence de perjuro, ò responde que ignora la pregunta; y si el Juez debe, ò no recibirlas por sí?*

295. *¿Si se deberá, ò no admitir prueba sobre lo confesado expresamente, ò contra la confesion ficta? y para que el interrogante no sea perjudicado con la declaracion de su contendor, ¿qué clausula debe poner en el pedimento?*

296. *Confesion extrajudicial en causas civiles, ¿quándo dañará, ò no al que la hace?*

297. *Juramento* decisorio litis, *¿quándo hace, ò no prueba plena?*

298. *Para que hagan prueba los testigos contra quien se producen, ¿qué requisitos han de intervenir?*

299. *¿Quáles no pueden testificar, ni hacer fé en juicio?*

300. *al* 302. *¿Quiénes no pueden ser apremiados à testificar en causas civiles, y criminales?*

303. *¿En qué casos hará fé el dicho del siervo?*

304. *¿Cómo deben ser juramentados los testigos catholicos?*

305. *Para que no se impugne el dicho del testigo à pretexto de no haber sido juramentado sobre lo que depuso, ¿qué re-*

requisito debe intervenir en el juramento?

306. *¿Cómo han de ser juramentados los litigantes Catholicos seculares?*

307. *¿Cómo los Judios?*

308. *¿Cómo los Moros?*

309. *¿Cómo los Eclesiasticos seculares, los Religiosos, y los Caballeros de las ordenes militares?*

310. *¿Cómo los Hereges, los Cismaticos, y los Gentiles?*

311. *¿Y cómo los Arzobispos, y Obispos; y sobre qué cosas sagradas no se debe jurar?*

312. *al* 315. *¿Qué preguntas generales, y particulares deben contener los interrogatorios; quáles son las generales de la ley; y qué efecto causa la clausula de* admitirlos quanto son pertinentes?

316. *¿En qué Tribunales se comunican, ò no à las partes los interrogatorios?*

317. *al* 319. *¿Cómo debe examinar el Escribano los testigos?*

320. *¿Si deberá, ò no usar con ellos, y con los litigantes de preguntas sugestivas; quáles se llaman asi; y de quántas maneras se hacen?*

321. *Queriendo el testigo despues de haber firmado su declaracion, corregirla, ò ampliarla, ¿si se le deberá ò no admitir? y habiendo declarado ambiguamente, ò no dado razon de su dicho, ¿si podrá llamarlo el Juez para declarar nuevamente?*

322. *Testigo juramentado ¿si podrá, ò no apartarse del Juez hasta que evaque su declaracion? y quando dice que duda, ò no se acuerda del hecho que se le pregunta, y pide termìno para hacer memoria, ò inspeccionar algunos papeles, ¿si se le deberá, ò no conceder?*

323. *Testigo presentado solamente para ciertas preguntas, no debe ser examinado por las demás del interrogatorio.*

324. *¿Cómo debe ser examinado el testigo, y estender el Escribano su dicho?*

325. *Examinandose los testigos por interpretes, ¿qué han de jurar éstos?*

326. *Los litigantes deben satisfacer à los testigos los intereses que pierdan por el tiempo que ocupan en ir à declarar; pero no sobornarlos, ni inducirlos à que falten à la verdad.*

327. *¿Si podrán, ò no ser apremiados los testigos à declarar; y el Juez deberá, ò no admitir su dicho enviado por escrito, ò cometer su examen en ciertas causas al Escribano?*

328 *Existiendo los testigos fuera del territorio del Juez de la causa, ¿qué debe hacer para que puedan ser examinados?*

329. *Omitiendo las partes*

articular algo en su interrogatorio principal, ¿si podrán practicarlo en otro, ò por pedimento?

330. 331. *¿Quándo harán, ò no plena prueba un testigo solo, ò dos?*

332. 333. *¿Quántos testigos puede presentar cada litigante; si en grado de apelacion, y suplicacion se deben, ò no admitir interrogaciones sobre los artículos de la primera, ò segunda instancia, à otros directamente contrarios; y si despues de haber presentado algunos testigos, dice que no quiere presentar mas, se los podrán, ò no admitir?*

334. *¿Quáles testigos se llaman* contextes, *y quáles* singulares?

335. *¿Quál se llama* singularidad obstactiva; *y si harán, ò no fé los testigos en quienes concurre?*

336. *¿Quál* singularidad adminiculativa, *y qué prueba hace?*

337. *¿Y quál* diversificativa; *y si probará, ò no?*

338. *Consistiendo la prueba de ambas partes en testigos, ¿cómo se debe gobernar el Juez para sentenciar con rectitud?*

339. *Comprometiendose las partes en arbitros; si éstos reciben testigos, y aquellas pactan, ò no sobre si el Juez ha de sentenciar por sus dichos, ¿qué debe hacer?*

340. *Consistiendo el pleito en ciencia, arte, ò oficio, ¿qué se debe practicar?*

341. *¿Quántas clases hay de instrumentos; quál se llama* Público, *y por qué; y quándo hará fé, ò no en juicio, yá sea, ò no antiguo?*

342. *Alegando que es falso el instrumento la parte contra quien se produce; porque en el dia de su otorgamiento estaba fuera del Pueblo, y fue testigo de otro en el en donde se halló, ¿cómo ha de probar su falsedad?*

343. *¿Si deberá, ò no ser creído el Escribano de buena, ò mala fama, que afirma, ò niega haber hecho el instrumento, quando los testigos afirman, ò niegan, ò dicen que no se acuerdan haber estado presentes à su otorgamiento?*

344. *Negando la parte estár autorizado el instrumento por el Escribano que aparece, y negando, ò confesando éste, ò diciendo que lo autorizó, pero que fue falso, ¿si hará, ò no fé; y si ha muerto, ò está muy lejos, qué debe hacer el Juez; y con quién se ha de cotejar el papel privado?*

345. *¿Si se podrá probar con testigos el contexto del instrumento, aunque no valga; y en qué idioma se debe presentar en juicio?*

El

346. *El que produce el instrumento antes de la contestacion, ¿si deberá, ò no reproducirlo en la prueba, y en todas instancias?*

347. *Prueba hecha en un juicio con el colitigante, ¿quándo deberá producirla en otro, que con el siga, el que la hizo?*

348. 349. *¿En qué casos hará fé el traslado sacado de la copia original, ò del protocolo por el Escribano ante quien pasó, ò por otro, ya sea, ò no antiguo. y dado sin auto de Juez, ni citacion de parte, ò con estos requisitos?*

350. 351. *¿Quál se llama instrumento* autentico; *quándo, y contra quién hará fé; y en qué se diferencia del público?*

352. 353. *¿De quántas clases son los privilegios; por qué tiempo, y causas se pierden; y para hacer fé, qué deben contener?*

354. 355. *¿Quál se llama instrumento* privado; *de quántas maneras és; y quándo hará, ò no fé en juicio?*

356. *¿Contra quién prueban los libros de quentas; y qué debe hacer el que los tiene en su poder; si contienen partidas à su favor, ò contra él?*

357. *¿En qué casos hace prueba la* vista ocular; *y si podrá, ò no el Juez dár el pleito por probado, sin que preceda?*

358. *¿Qué es* presuncion, *ò congetura; de quántas maneras; y quándo hace, ò no prueba?*

359. *¿Qué se debe tener presente para decidir el pleito por ley, ò fuero?*

360. 361. *¿De quántas maneras es la* fama; *de qué suele provenir; y quál se llama* fama entre los hombres?

362. 363. *¿Quál es el efecto de la fama; y qué prueba hace asi en negocios civiles, y criminales, como en hechos antiguos, y otros casos?*

364. *¿Qué cosas se requieren para que la fama pruebe?*

§. VIII.

365. *¿Qué es termino probatorio?*

366. 367. *¿Quánto puede conceder el Juez à los litigantes para hacer su prueba en esta Peninsula, ò fuera de ella, ò en Provincias ultramarinas?*

368. *Para que se conceda el termino ultramarino, ò extraordinario, ¿qué cosas se requieren de parte del que lo pretende?*

369. *Si acaeció en las Indias, ò en otros parages remotos el hecho que se intenta probar, y existen alli los testigos, ¿qué termino se puede conceder para ello?*

¿Que

370. 371. ¿*Qué deben practicar los litigantes para que se les conceda prorrogacion del termino probatorio*?

372. *al* 374. ¿*Cómo se cuenta, y desde quándo corre el termino probatorio, y su prorrogacion, yá sean utiles, feriados, ò colendos los mas de sus dias; y qué deben hacer los litigantes para evitar que corra en los feriados, y colendos*?

375. ¿*Por qué razon los Jueces reciben algunas veces los autos à prueba* por via de justificacion?

376. 377. *Recibida la causa à prueba, ¿qué deben hacer las partes, y por qué orden han de tomar los autos*?

378. ¿*En qué tiempo han de ser juramentados los testigos, y en quál pueden ser examinados, declarar, y explicar sus dichos, y dár razon de ellos*?

379. *Siendo examinados los testigos antes de la prueba, sin citacion contraria, ò estando muertos, ò ausentes, ¿qué se debe practicar*?

380. *Testigos juramentados dentro del termino probatorio, ¿si podrán, ò no ser examinados fuera de él*?

381. 382. ¿*De quántos modos, y por qué causas se pueden redarguir de falsos los instrumentos; y cómo se debe gobernar el Escribano en el cotejo de los redarguidos*?

383. *No deben sacarse de los archivos, ni oficios públicos los padrones, protocolos, libros de Iglesias, y papeles originales para pruebas de habitos, ni otras.*

384. *al* 386. *Mientras dura el termino de prueba, ¿qué se podrá, ò no practicar? Si se introduce algun articulo, y se suspende dicho termino, ¿desde quándo empieza la suspension; y si valdrá, ò no la prueba hecha durante ésta*?

387. *Pidiendo suspension por ciertos dias una de las partes, y concediendosele, buelve à correr el termino, concluidos que sean, sin necesidad de nuevo auto.*

§. IX.

388. 389. *Pasado el termino probatorio, ¿si se podrán, ò no admitir testigos en primera instancia; y qué han de hacer los litigantes*?

390. 391. *Pidiendo publicacion de probanzas alguna de las partes, ¿qué debe hacer el Juez; y para qué sirve la publicacion*?

392. ¿*Por qué Juez debe hacerse ésta; à quál de las partes se han de entregar los autos; y dentro de qué termino debe alegar de bien probado cada una*?

¿*A*

393. 394. ¿*A quiénes se puede conceder por via de restitucion mas termino probatorio, y quánto?*

395. *Para su concesion ¿si necesitará, ò no el privilegiado justificar lesion; y si habrá, ò no lugar la restitucion del termino ultramarino, ò extraordinario?*

396. ¿*Qué cosas se requieren para que se conceda restitucion de la mitad del termino probatorio, asi en primera, como en segunda y tercera instancia?*

397. *Termino de la restitucion, ¿si será comun al no privilegiado, como al que lo es; y si una vez concedido à instancia de éste, podrá, ò no renunciarlo?*

398. ¿*Si podrá el que no es privilegiado alegar falsedad, ù otra excepcion nueva, para probarla por testigos despues de publicados, ò de executoriado el pleito?*

399. *Privilegio de restitucion, ¿si competirá, ò no à los menores quando salen como terceros, coadyubando el derecho de los que no son privilegiados, al modo que quando litigan como principales?*

400. ¿*En qué casos gozarán de él los litigantes, siendo privilegiados ambos?*

401. *Si la cosa es dividua, ò individua; pertenece à dos, uno mayor, y otro menor, y ambos litigan sobre ella contra otro, ¿quándo gozará el no privilegiado del privilegio del que lo és; y si competirá, ò no al letrado jurisperito?*

§. X.

402. ¿*Quándo pueden los litigantes tachar à los testigos contrarios, y abonar à los suyos?*

403. *al* 406. *Para que sean admitidas las tachas, ¿qué cosas se requieren de parte del que las pone; dentro de qué termino debe oponerlas; en quál debe probarlas; qué testigos se han de buscar para justificarlas; y si se admitirán, ò no tachas contra tachas?*

407. 408. ¿*Quántos son los generos de tachas que se pueden oponer contra los testigos; y si al tiempo de jurarmentarlos será, ò no util protextar que no sean admitidos?*

409. *Litigante, ¿si podrá, ò no tachar las personas, y dichos de los testigos que produjo en un juicio; ò en otro, si se produxeron contra él: y para que sus dichos no le perjudiquen, ¿qué protesta ha de hacer?*

410. 411. *Juez, ¿si podrá, ò no repeler de oficio los dichos de los testigos inhabiles; qué especies de inhabilidad pueden concurrir en ellos; y qué tachas se admiten solamente en las causas*

sas de lesa Magestad, blasfemia, y sumarias?

412. 413. *¿Quándo han de alegar de bien probado los litigantes? y si uno no quiere tomar los autos, ¿qué se ha de practicar?*

414. *¿Quáles son los motivos porque se alega de bien probado; quándo se pueden comunicar à las partes las informaciones, ò alegaciones en derecho; y en qué pena incurre el Abogado que cita leyes, y doctrinas en los alegatos, y repite lo alegado?*

§. XI.

415 *Concluir en los pleitos ¿qué quiere decir; à quién se deber hacer saber la conclusion; y si es, ò no de substancia del juicio?*

416. *¿Si podrá el Juez haber los autos por concluſos, aunque las partes no concluyan, ò aun quándo lo resistan?*

417. 418. *¿Por qué medios podrán las partes hacer prueba despues de la conclusion? y para probar la falsedad de instrumentos, ¿qué termino ha de conceder el Juez al que la alega?*

419. *¿Si de oficio podrá, ò no el Juez recibir qualquiera prueba despues de concluso el pleito; ò à instancia de parte examinar segunda vez al testigo, que no lo fue sobre todas las preguntas del interrogatorio, ò hacer que declare su dicho en caso de haber depuesto confusamente?*

§. XII.

420. *¿Qué es* recusacion; *por qué razones fue introducida; y qué efectos causa?*

421. *¿En qué estado del pleito se debia recusar antiguamente al Juez, y en quál se puede actualmente?*

422. *¿Por qué causas puede ser recusado?*

423. 424. *¿Cómo lo ha de ser el Juez letrado, ordinario, ò delegado; y con quién debe acompañarse?*

425. *¿Con quién deben acompañarse los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia, siendo recusados?*

426. *No conformandose en las causas civiles el Juez ordinario secular, y su acompañado, si se apela de la sentencia de alguno, ¿à quién ha de ir la causa? y si no se apela, ¿quál, y en qué casos valdrá; y si podrán nombrar tercero?*

427. *Y si el delegado, y su acompañado no se conformaren, ¿à quién ha de ir? ¿Y si podrán elegir tercero, y han de dar, ò no juntos la sentencia?*

428. *En las causas criminales, y en las de libertad, y servidumbre, discordando en la sentencia el Juez ordinario, ò el delegado recusados, y sus acompañados, ¿qué se debe practicar?*

429. *Juez acompañado, ¿si deberá, ò no asistir con el recusado en su Audiencia à dar la sentencia, y demás providencias; y jurar que exercerá bien su oficio; y si podrá ser recusado sin causa?*

430. *El que impetró Juez del Principe para que conociese de su negocio, ò voluntariamente puso ante un Juez su demanda, ¿por qué causas puede recusarle?*

431. *Juez lego, ¿para qué causas, y providencias debe, ò no nombrar asesor letrado; y si éste deberá, ò no jurar, y podrá ser recusado?*

432. 433. *¿Quántos letrados pueden recusar las partes, para que el Juez lego no se asesore con ellos; y quál de los litigantes debe pagar los derechos de asesoría?*

434. *al* 436. *Jueces eclesiasticos, ordinarios, y delegados, ¿quándo, y cómo han de ser recusados? y hecha su recusacion, ¿qué se debe practicar, ya sean delegados del Papa, ù Obispo, ò subdelegados del delegado de aquel? ¿y si el delegado recusado podrá, ò no subdelegar?*

437. *¿Por qué causas, y cómo pueden ser recusados los Jueces arbitros?*

438. *¿Juez mero, ò mixto executor si podrá, ò no ser recusado?*

439. *Como ha de ser recusado el Juez de residencia; con quién debe, ò no acompañarse; y si él y su acompañado discordaren en las sentencias, ¿quál se debe executar?*

440. *Para recusar à los Ministros de los Consejos, Chancillerías, y Audiencias, ¿qué requisitos son necesarios, y dentro de qué termino se debe hacer su recusacion?*

441. 442. *¿Por qué medios se pueden probar las causas de su recusacion; quántos testigos se pueden admitir sobre cada pregunta; qué termino se ha de conceder al recusante para probarlas, y contra quiénes corre; y en qué casos puede recusarlos el tercero opositor?*

443. *El recusante que no prueba causa legitima, ¿en qué pena incurre, aunque se aparte de la recusacion? ¿y en quál el que pasados tres meses, se aparta de la segunda suplicacion en los casos de la Ley de Segovia?*

444. *¿Cómo se ha de recusar al Relator; y quién debe pagar los derechos al acompañado,*

que se le dé?

445. *Para recusar al Escribano originario del pleito, ¿qué es menester? ¿y si podrá, ò no ser recusado sin causa su acompañado?*

446 447. *En los Pueblos en donde los Escribanos Reales actuan, ¿qué se debe observar en su recusacion?*

448 *¿Quién debe pagar al acompañado del Escribano originario recusado sus derechos?*

449. *Pidiendo informe el Rey, ò el Tribunal superior al Juez acerca del pleito que ante él pende ¿en qué caso deberá, ò no suspender su curso?*

450. *¿Y en quál, quando el executado pide moratoria al Consejo, y que se suspendan las diligencias executivas?*

§. XIII.

451. *¿Quál sentencia se llama* interlocutoria, *y quál* difinitiva?

452. *Sentencia, ¿por qué se llama asi; dentro de qué termino debe proferirla el Juez; y qué solemnidad ha de preceder à su prolacion?*

453. *¿En qué convienen, y se diferencian las sentencias interlocutoria, y difinitiva?*

454. *¿En qué casos la interlocutoria tiene fuerza de difinitiva?*

455. 456. *Precepto de* solvendo, *¿quándo se tendrá por interlocutorio, ò difinitivo?*

457. *Sentencia judicial ¿en qué cosas debe ser conforme al libelo, y sobre quáles ha de recaer?*

458. *Habiendo condenacion de frutos, ò intereses; ò siendo condenatoria en parte, y en parte absolutoria la sentencia ¿qué debe hacer el Juez?*

459. *al* 463. *¿Qué causas principales deben concurrir en la sentencia para su validacion?*

464. *Jueces inferiores, y Alcaldes de Corte deben ver por sí mismos los autos para dar la sentencia.*

465. *En el juzgar, ¿à qué deben atender los Jueces?*

466. *Dudando justamente el Juez de la sentencia que ha de proferir, ¿qué debe practicar?*

467. *Litigante que pide una cosa por otra, ¿si podrá corregir su error? y probando otra diversa de la que demandó; ò no debiendo ser condenado el reo ¿qué ha de hacer el Juez?*

468. *al* 470. *¿Quándo debe ser condenado en costas el litigante? ¿Y siendo pobre, si deberá, ò no estár preso, ò dar fianza por ellas, ò por los derechos que cause en defenderse; y quál se llama pobre?*

471. *Si habiendose pedido condenacion de costas, no la hizo el*

el Juez, ¿qué debe hacer el vencedor, ya haya apelado, ò no el vencido?

472. ¿Qué autos, y sentencias puede, ò no reponer, reformar, revocar, y declarar el Juez?

473. No habiendo hecho el Juez condenacion de frutos, ni costas, debiendo; ò habiendo juzgado sobre esto mas, ò menos que lo que por derecho debia, ¿quándo podrá enmendar su sentencia; y si podrá alzar la multa que impuso al que es pobre?

474. ¿A quién se debe notificar la sentencia; y con quién se deben entender los autos hasta que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, si las partes se defienden por Procuradores?

475. Notificada la sentencia à las partes, ¿qué debe practicar la vencedora, si la vencida no apela dentro del termino legal?

476. ¿Quánto termino tiene para apelar asi en el fuero Eclesiastico como en el secular, y para pedir reducion de la sentencia de los arbitros?

477. Apelando el agraviado, y no presentando la mejora en el termino competente, ¿qué debe hacer el vencedor para que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada?

478. Conteniendo la sentencia varios capitulos, ò estando obscura, ¿qué pueden hacer las partes?

479. Si despues de declarada presenta la mejora, queda sin efecto la declaracion. Y si se presentó en grado de apelacion ante el superior, sin apelar ante el inferior, ¿qué debe hacer éste?

480. ¿Qué efectos surte la apelacion; y cómo ha de dar testimonio de ella el Escribano?

481. ¿Quál se llama cosa juzgada; y qué efectos causa la sentencia pasada en autoridad de tal?

482. ¿En qué casos se puede rescindir, y revocar la sentencia pasada en cosa juzgada?

§. XIV.

483. ¿QUé presuncion tiene à su favor la sentencia?

484. ¿Qué cosa es la nulidad, ya se considere en abstracto, ò en concreto?

485. ¿Quál sentencia se llama nula, y quál injusta; y de qué causas pueden provenir su nulidad, è injusticia?

486. al 490. ¿Qué sentencias son nulas, y como tales se pueden rescindir, y revocar?

491. 492. ¿Nulidad notoria quál es; dentro de qué termino, y ante quién deben intentarse, y con quién se han de controvertir asi ésta como las demás; y si mientras se ventilan correrá, ò no el termino de apelar?

493. *¿De qué sentencias no ha lugar la nulidad, suplicacion, ni otro recurso?*

494. *¿En qué casos está quitado el remedio de la restitucion à los menores, y demás privilegiados, à quiénes aunque sean mayores, lo concede el derecho?*

495. *¿Quándo debe, ò no ser restituido el menor contra la sentencia en que fue leso; y si el delegado podrá, ò no concederle la restitucion?*

496. *Iglesia, y Republica, ¿en qué casos pueden alegar nulidad de la sentencia?*

497. *Siendo lesos en la sentencia, la Iglesia, el Rey, la Comunidad, y la Republica, ¿dentro de qué termino deben pedir la restitucion; quántas clases de bienes puede poseer el Rey; y por quáles goza de este privilegio?*

498. *Iglesia, y demás referidos si quieren restituirse por prescripcion, ¿dentro de qué termino la han de intentar; y qué cosas jamás prescriben?*

499. 500. *¿La sentencia dada entre unos, en qué casos daña, ò aprovecha à otros?*

501. 502. *¿Aquién toca executar la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ò confirmada por Tribunal superior; y en qué pena incurre quien lo impide?*

§. FINAL.

503. *al* 505. *Demanda, auto, y notificacion con él.*

506. *Requisitoria de emplazamiento para hacer saber la demanda.*

507. *Auto cumplimentando la requisitoria con tres notas.*

508. 509. *Contestacion de demanda, auto, y una nota.*

510. 511. *Pedimento de conclusion, auto, y otra nota.*

512. 513. *Auto por el que se recibe à prueba el pleito; notificaciones, y su nota.*

514. *al* 517. *Interrogatorio, y pedimento presentandolo; auto, y notificaciones.*

518. *al* 520. *Señalamiento de dias, y horas para examinar testigos, requerimiento para su presentacion, y recepcion del juramento con su nota.*

521. *Requisitoria para hacer probanza.*

522. *Examen de un testigo.*

523. *al* 526. *Pedimento pretendiendo se nombren interpretes para examinar testigos estrangeros; auto, aceptacion de los interpretes, y examen de un testigo con asistencia de éstos.*

527. *Nota sobre ratificar testigos, y ratificacion de uno.*

528. *al* 530. *Nota sobre testigos de abono, pedimento para exa-*

examinar uno ; auto , y declaracion de él con otra nota sobre los testigos de abono que son como fiadores.

531. 532. *Mandamiento compulsorio con su nota , y testimonio dado en su virtud.*

533. *al* 536. *Pedimento presentando una escritura para su comprobacion , auto , citacion , y cotexo de ella.*

537. *al* 539. *Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca , auto , y declaracion.*

540. *al* 542. *Pedimento nombrando peritos para que reconozcan papeles . auto , y reconocimiento , ò cotexo de ellos con su nota.*

543. *Requerimiento à una parte para que presente mas testigos.*

544. *al* 548. *Pedimentos , y diligencia hasta hacer publicacion de probanzas con su nota.*

549. *al* 551. *Pedimento , y autos sobre admision de tachas de testigos con su nota.*

552. 553. *Pidemento pretendiendo ampliacion del termino de prueba por via de restitucion , y auto.*

554. *al* 556. *Pedimento recusando al Juez inferior , auto, aceptacion, y juramento del acompañado con dos notas.*

557. *Sentencia difinitiva absolviendo al demandado.*

558. 559. *Dos sentencias difinitivas condenando al demandado , y su nota.*

560. 561. *Pedimento de apelacion , auto , y una nota.*

562. *al* 564. *Pedimento pretendiendo se declare por desierta la apelacion , y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada , con dos autos , y una nota.*

565. 566. *Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada , auto , y tres notas , y la ultima sobre el papel sellado.*

§. I.

DE LAS DIVISIONES DEL JUICIO; en qué dias puede ó no hacerse; y qué personas pueden ò no comparecer en él.

1 ASI como es incontrovertible, que por derecho natural todos los hombres eran libres, por haberlos hecho el Criador (que lo es,) à su imagen y similitud, y no se conocia la esclavitud: (1) que en los principios del linage humano todas las cosas eran comunes: (2) que el derecho de las Gentes distinguió los dominios, estableció Reynos, fundó Pueblos, y separó Provincias: (3) que multiplicada la humana naturaleza, suscitaron la sobervia y ambicion las guerras, cautividades y servidumbres, imperando el vencedor, y obedeciendo y sirviendo el vencido: (4) que por huir la esclavitud, acordaron los Pueblos elegir Principes ò cabezas que los governasen y defendiesen de sus enemigos, transfiriendoles unos todo el imperio, jurisdicion y potestad sobre sí, y reduciendosela otros à ciertos límites: (5) que el derecho civil ordenó el modo de govierno que debian tener por uso y costumbre, ò por leyes escritas: (6) y que lo que cada Pueblo, Republica, ò Provincia establecia, ese era su propio derecho civil: (7) asi tambien es constante que po-

(1) Ley Manumissiones 4. ff. de Justit. & jur. §. Servitus. 2. Instit. de Jur. pers. Amaya observ. 1.

(2) §. Singulorum 11. Institut. de Rer. divis. Antunez de Donation. lib. 3. cap. 8. num. 2.

(3) Ley Ex hoc jure 5. ff. de Justit. & jur.

(4) Ley 4. y dicha Ley 5. ff. de Justit. & jur. ley Libertas 4. y ley 5. ff. de Statu hom.

(5) Ley 1 § 7. ff. de Veter. jur. enucleand. y ley 1. ff. de Constitut. Princip. Sr. Covar. Practic. cap. 1. num. 2.

(6) Ley Omnes populi 9. ff. de Justit. & jur.

(7) Dicha ley Omnes populi. y ley Quod Principi placuit 1. ff. de Constitut. Princip.

poco aprovecharía à las Republicas el haberse fatigado en establecer y crear leyes conformes à razon y equidad, si no hubiesen elegido sugetos dignos, que arreglandose à ellas, decidiesen como mediadores las controversias y pretensiones de los hombres, y haciendo justicia como acto propio de su ministerio, diesen à cada uno lo que le tocase. (1) Y respecto à que en los 16 capitulos de la primera parte de mi *Libreria de Escribanos* traté clara y difusamente de los contratos y ultimas disposiciones, (que regularmente son el fomento de los pleitos civiles, y aun muchas veces por incidencia de los criminales,) y en su Prologo ofrecí escribir de los juicios en que se difinen: cumpliendo mi oferta, à que natural y civilmente estoy obligado, mediante haber merecido à los doctos facultativos la aceptacion de mis primeras producciones y taréas: (2) paso à ponerlo por obra, y à explicar con legales y doctrinales apoyos para radical instruccion de los Escribanos principantes, y demás aplicados: *Qué es Justicia, y quién puede administrarla. Qué es Juicio, y qué personas son precisas para constituirlo; en qué dias debe ò no hacerse; à quiénes está permitido, y prohibido comparecer en él*; y otras cosas, que el Lector advertirá en los numeros de este §.

2 La Justicia *es una virtud radicada, y constante, que dura perpetuamente en la voluntad, y corazon de los Justos, y dá à cada uno lo que es suyo.* (3) Es una de las cosas por que mejor, y mas derechamente se mantiene el Mundo, y como fuente de donde dimanan todos los derechos, dura, y se perpetúa en la voluntad de los hombres, para repartir à cada uno lo que legitimamente le toca. Ninguna virtud produce frutos mas selectos, fertiles, y excelentes, porque por ella viven los hombres recta, mesurada, y tranquilamente; unos recibiendo premio, y otros castigo se-

(1) Ley Necessarium 2 §. Post originem 13. ff. de Origin. jur. cap. Forus de Verbor. signification. y cap. 1. vers. Judex, caus. 23 q. 2.

(2) Ley 1. tit. 11. Partid. 5. y ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(3) Proem. y leyes 1. y 3. tit. 1. Partit. 3. Institut. de Just. & jur. & ibi glos.

segun su merito y proceder. Los primeros se hacen mejores, y los segundos buenos, por temor de la pena con que están comminados; y asi dice la ley 2. tit. 1. Partid. 3. que todos deben amarla como à sus padres, obedecerla como à buen señor, y guardarla como à su vida, respecto à que sin ella no pueden vivir. Omito explicar sus quatro divisiones, à saber: *commutativa*, *distributiva*, *legal*, *y vindicativa*, por no ser precisa para el Escribano su pericia, y poderlas ver en los Canonistas, y Theologos, adonde le remito.

3 Siendo imposible à los hombres vivir sin Justicia, tubieron por util è indispensable elegir Jueces que se la administrasen. (1) Estos son de dos clases: *ordinarios*, *y extraordinarios*. Se llaman *ordinarios* los que tienen jurisdiccion y facultad de conocer en causas civiles y criminales por concesion de la ley, ò del Principe, Universidad, y Pueblo, ò por costumbre. Y *extraordinarios* los Delegados ù de Comision, Arbitros, executores, y todos los que se eligen y comisionan para ciertos negocios por la persona ò Tribunal en quien reside la potestad de elegirlos; de los quales, y sus diferencias trata latamente *Paz en el tom.* 1. *de su Práctica*, *part. y tiemp.* 1; y de la jurisdiccion de estos Jueces; quándo se acaba; si pueden, ò no nombrar Thenientes, y Escribanos, y de otras cosas anexas la *Curia Philip. part.* 1. *Juicio Civil* §. 4. y los Autores, y textos que citan, à quienes podrá ver el Escribano; pues por importarle poco, y poder registrarlos con facilidad, omito molestarle con su explicacion, y paso à tratar del juicio.

4 Se usa regularmente en nuestro regio derecho de las voces: *causa*, *pleito*, *instancia*, *controversia*, *y juicio*; las quales aunque muchas veces se entienden por una misma cosa, y por lo propio se confunden, se diferencian no obstante: pues la *causa* se toma por la accion y derecho propuesto, y deducido en juicio, (ya sea civil ò criminal) antes y despues de contestado el *pleito*. Este, hablando con propiedad, es la misma causa que se deduce en

(1) Dicha ley Necessarium, y jure. ff. de Justit. & jur. §. Post originem: y ley Ex hoc

en juicio, è impropiamente se entiende por la *instancia*, la qual no es otra cosa que la exercitacion, ò exercicio de la accion desde la litis contestacion, y no antes hasta la sentencia difinitiva ante los Jueces inferiores, y en apelacion ò suplicacion hasta su executoria ante los Magistrados que componen los Tribunales supremos: de suerte, que hasta que está contestado el pleito no hay *instancia*, ni por consiguiente juicio, que es lo propio. Y asi, quando en éste se introduce alguna pretension con el adiétamento: *Sin causar instancia*, es lo mismo que decir: sin que haya juicio formal sobre ella, sino que se determine de plano, *visis videndis*. La *controversia* es contienda ò disputa entre dos ò mas personas en juicio ò fuera de él, ya sea demandando y pidiendo, ò defendiendo y excepcionando cada una sus razones, para obtener ò conseguir lo que intenta. De lo qual tratan el mismo *Paz* en la segunda anotacion de su práctica, *Maranta* en la parte 5. de su *Speculum aureum*, y los que citan.

5 Y el juicio (segun mi proposito) es acto legitimo, que se exerce por dos ò mas personas ante un Juez sobre alguna cosa; (1) y fue establecido para que ninguno se atreviese de propia autoridad à tomar por su mano la satisfaccion de la injuria que se le habia hecho, ni del derecho que le competia, haciendose Juez y parte; y para precaver las infaustas conseqüencias que de esto resultaban. (2) Prescindo de tratar desde quando tiene su origen, por ser punto puramente historico, y no importar al Escribano su pericia, pues lo explica con mucha erudicion el célebre práctico *Maranta* en la *part.* 3. de su *Speculum aureum tit. Judicii telam exorditur, per tot.* y procedo à expresar qué cosas son necesarias para constituirlo.

6 Para constituir el juicio (ya se proceda por via de accion, acusacion, denuncia, inquisicion, ò de oficio de justicia,) se requieren de substancia tres personas principi-

(1) Ley 1. tit. 22. Partid. 3. glos. in cap. Forus, de Verbor. signification.

(2) Ley Nullus, Cod. de Judic. Marant. Specul. aur. part. 3. in fin.

cipales, que son: *actor*, ò acusador veridico, ò ficto: *reo, ò demandado, y Juez.* (1) Actor ò demandante es el que propone la accion, y el primero que provoca, y llama al juicio, pretendiendo alcanzar derecho por interés ò debito, ò por injuria ò daño de tiempo pasado, ò presente, ò que en lo futuro espera le ha de venir, è irrogarsele; (2) el qual en las causas criminales se titula con propiedad acusador. (3)

7 Reo se llama en estas causas el que cometió delito, que quiere decir *culpado*; y en las civiles el demandado por el actor sobre alguna cosa; contra el qual se procede en juicio à instancia de éste; y asi el oficio del actor es provocar, instar, mover, y objetar, y el del reo refutar ò repeler, negar, y excepcionar. (4) Y el Juez es una persona como mediadora entre actor y reo, que declara, y da à cada uno lo que le corresponde sobre su pretension, segun el legal estatuto, y merito del proceso. (5) Tambien intervienen en el juicio otras personas menos principales, que son Abogado, Escribano, Procurador, testigos, y otros, como nos enseña la práctica.

8 Veinte distinciones del juicio trahe, y exorna con mucha jurisprudencia y doctrina el práctico Jurisconsulto *Maranta* en la quarta parte de su referida obra, para cuya explicacion es necesario expender mucho tiempo y volumen; pero como incumbe poco al Escribano el saberlas, trataré solo de las de que trataron nuestros prácticos Regnicolas, como precisas para instruirse en el modo de seguirlo. Digo, pues, que el juicio es de tres maneras: *ordinario, extraordinario, y sumario.* Se llama, y es *ordinario* aquel, en que se procede por via de accion ò acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho positivo. *Extraordinario*, quando no se procede mediante accion ò acusa-

(1) Cap. Forus cit. y su glos. verb. Judicium: y ley Inter litigantes. ff. de Judic.

(2) Dicho cap. Forus, ley In tribus, y ley Qui prior. ff. de Judic. y ley 1. tit. 22. Partid. 3.

(3) Ley Inter litigantes cit. y ley Accusatore, ff. de Judic.

(4) Proem del tit. 3. Partid. 3.

(5) Ley Inter litigantes, y cap. Forus cit. y cap. Justum est, caus. 23. quæst. 2.

sacion verdadera, sino de oficio del Juez, sin guardar el orden y solemnidades legales. Y *sumario*, aquel en cuyo seguimiento no se observan los expresados requisitos, sino que el Juez procede brevemente de plano sin estrepito, ni figura de juicio en los casos en que ha lugar, atendiendo solo à la verdad del hecho: (1) bien entendido, que aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, mas no las necesarias para la legitima decision de la causa segun derecho natural y de gentes, pues de lo contrario se ocultaria la verdad, y sería iniqua la sentencia. (2)

9 Pidiendo alguno al Principe que mande oírle breve y sumariamente sobre su pretension: si éste comete à cierto Juez el conocimiento, y en su rescripto nada mas especifica que: *Que le oyga, y haga justicia*; se entiende, que sin embargo de la conclusion de su súplica debe oirle ordinariamente, observando todos los trámites legales, y no sumariamente, mientras no lo exprese, ò diga que se haga como lo pide; (3) y asi lo he visto practicar.

10 El juicio, ya sea Eclesiastico, ò secular, se divide en *civil*, *criminal*, y *mixto*. El *civil* es el que no trahe su origen de delito, ò en que no se procede principalmente por razon de éste, sino de contrato, v. g. compra, prestamo, arrendamiento, (4) ò quando se ventila y trata unicamente de interés particular, aunque provenga de delito; por lo que se llama *accion criminal civilmente intentada*. Se titula *criminal* quando se trata principalmente del delito, y su castigo para satisfacer à la vindicta ò comodidad pública: ò quando se ha de aplicar al fisco la pena pecuniaria, en que el reo es condenado: (5) de

(1) Clementin. Sæpe, de Verbor. significat. ley Nec quidquam, §. de Plano, ff. de Offic. Proconsul. y ley Nihil aliud, ff. de Obligation. & action. Paz in Prax. annotat. 1. de Judic. n. 6. 17. 30. y 33.

(2) Clementin. Sæpè, y Clementin. Dispendiosam, de Judic.

(3) Alex. consil. 93. col. 1. vers. ad hoc: vol. 2. Marant. part. 4. tit. Judicium ordinar. & summar. num. 4. 5. y 6.

(4) Ley Properandum, Cod. de Judic. Paz ubi supr. n. 19. al 28.

(5) Ley 9. tit. 4. Partid. 3. Sr. Gregor. Lop. en ella glos. 1. Paz ibi n. 21.

de modo que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil, que mira solo al interés del injuriado, y otra criminal, que tiene su tendencia al castigo del injuriante. (1) De lo qual se sigue que el injuriado puede proceder à su eleccion y voluntad, ya sea civil ò criminalmente, ò de ambas suertes, como explicaré en el num. 77. y siguientes. Y *mixto* quando no se trata solamente de interés ò delito, sino de ambos, como sucede en la denuncia: ò quando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco, y à la parte. (2)

11 Se subdivide el juicio en *petitorio*, *posesorio*, *difinitivo*, *interlocutorio*, *y mixto*. *Petitorio* es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ò quasi dominio de alguna cosa, ù del derecho que à ella les compete. (3) *Posesorio* el que instauran, no sobre la propiedad ò dominio, sino sobre obtener, ò retener la posesion, ò quasi posesion de la finca ò alhaja, ò recuperar la que tienen perdida, y de que están despojados. *Difinitivo* es aquel en que el Juez profiere sentencia, absolviendo, ò condenando al reo, con la qual se termina, y acaba el pleito ò controversia suscitada por los litigantes. *Interlocutorio* el que se dá en el progreso de la instancia principal, ya sea sobre su substanciacion por los trámites legales, ò sobre algun articulo ò excepcion que se forme y oponga; y debe decidirse antes de proceder *ad ulteriora*, quiero decir antes de proseguir el conocimiento del negocio sobre lo principal; de modo, que todos los proveídos antes de la sentencia difinitiva se llaman interlocutorios. Y *mixto* se titula quando el interlocutorio tiene fuerza de difinitivo, por contener gravamen irreparable por la sentencia, por lo que se la equipara: de lo qual, y de quando se puede ò no revocar, trataré en el §. 13. de este capitulo.

En

(1) Ley Qui nomine, ff. de Fals. ley final, ff. de Privat.delict. y ley Nec quidquam, ff Pro socio.

(2) Ley Lege Cornelia, §.fin. ff. ad Sillan. Paz ibi n. 26.

(3) Ley Cum fundum, §. fin. & ibi glos. ff. de Vi, & vi armat. cap. Pastoralis, de caus. possess. & proprietat. Marant. tit. Judicium super petitorio, & possessorio, num. 1.

12 En causas civiles no deben los Jueces ordinarios, ni delegados hacer juicio en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consientan los litigantes, à menos que lo exijan la necesidad pública, ò privada, ò la piedad. (1) Lo mismo milita para con los *arbitros juris*, por estarles prohibido actuar si no en los dias y casos que à los Jueces ordinarios está permitido; pero no para con los arbitradores, pues estos en todos lo pueden hacer. (2)

13 Los dias feriados, ò ferias son de tres clases: *Sagradas*, *rusticas*, y *repentinas*: se llaman sagradas ò colendas las que están introducidas principalmente para tributar à Dios el culto y veneracion, que como criador, y causa primera de todo lo criado se le debe. Las rusticas (que tambien titulan necesarias,) son las que por necesitar los hombres trabajar en el campo, v. g. en el Agosto, vendimias, &c. ò por ley ò costumbre están establecidas: v. g. los Mercados, las vacaciones, &c. Y las repentinas son aquellas que no están establecidas por ley ni costumbre, sino que se establecen por extraordinario y repentino acaso, v. g. la venida ò coronacion del Principe; la victoria conseguida de sus enemigos; el parto de la Princesa, ù otra causa extraordinaria; cuyas ferias solo el Principe puede señalar, y no el Juez de propia autoridad. (3)

14 Pueden comparecer en juicio, y elegir arbitros todos los que no tienen prohibicion legal; (4) pero no los que la tienen, y son: el excomulgado vitando, ò no tolerado como actor, aunque si como reo para defenderse, porque la defensa es natural: ni tampoco ser Personero, Abogado, ni testigo; lo qual no milita para con el tolerado, ò de excomunion menor. (5)

Tam-

(1) Leyes 33. 34. y 35. tit. 2. Partid. 3. leyes 1. y 2. Cod de Feriis. cap. Omnes dies, y cap Conquæstus, de feriis.

(2) Ley 32. tit. 4. Partid. 3.

(3) Leyes 33. à la 36. titul. 2. Partid. 3. ley Sed etsi, §. Si feriæ, ff. Ex quibus causis majores: y ley A nullo, Cod. de Feriis.

(4) Leyes 4. y 14. tit. 2. Partid. 3.

(5) Ley 6. al fin tit. 9. Partid. 1. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 77. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 6. quæst. 11. num. 49.

15 Tampoco pueden comparecer los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados: ni los siervos sin las de sus señores, à menos que sea sobre su libertad, en cuyo caso han de demandar por sí, y no por Procurador: ò que el pleito ceda à favor de su señor, v. g. para recuperar ò retener la posesion de alguna alhaja, ò vindicar su muerte, si sus consanguineos no acusan à los agresores: ò que el siervo haya cometido delito, pues puede ser acusado sin entenderse con su señor: ò que lo sea de Emperador, ò Rey, pues éste no solo puede comparecer en juicio sobre su libertad, sino en razon de sus cosas propias. (1)

16 El hijo de familia que está baxo de la patria potestad, no puede demandar en juicio à su padre legitimo, ni adoptivo, aunque tenga 25. años, excepto que niegue ser tal hijo; ò por maltratarle, ù obligarle à ser malo: ò por razon de bienes castrenses, ò casi castrenses, ò uso de oficio público: ò para que le alimente pudiendo: ò para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, porque se los disipa; (2) bien que si está indigente, debe dexarle de sus frutos lo que hubiere menester, pues en este caso no tiene derecho à todo su usufructo, como lo advierte la *ley 2. tit. 2. Partid. 3. y el Señor Greg. Lop. en su glosa* 14.

17 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ò infamia de hecho, ò de derecho, ni en otra, à menos que le irrogue grave daño en su persona y bienes, para resarcirlo de los de su padre, y no para otro efecto: mas sí civilmente, con tal que ante todas cosas pida para ello à el Juez la *vénia* y licencia que el derecho (3) previene, el qual debe darsela sin citar al padre; pues sino la pide, ya sea en la mis-

(1) Leyes 8. 9. y 10. tit. 2. y 4. tit. 5. Partid. 3. y leyes 9. y 10. tit. 9. Partid. 7. Jul. Capon. tom. 5. discept. 381. n. 1. Marescot. lib. 1. Var. cap. 92.

(2) Ley 2. tit. 2. y leyes 4. y 5. tit. 7. Partid 3. y 11. tit. 17. Partid 4. Sr. Castill. de Alim. cap. 23. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 2. q. 6. num. 37.

(3) Ley 3. tit. 2. Partid. 3. Vela dissert. 40. num. 4.

misma demanda, como se estila, ò en otros terminos, no se le debe admitir ésta. Lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra, no exponerse à un sonrojo del Juez.

18 Y si estando bajo de su poder quiere demandar à alguno, debe pedir para ello licencia à su padre. Lo propio milita para responder à la demanda que le hayan puesto, à menos que sea mayor de 25. años, y su padre esté ausente de la Provincia: ò sobre bienes castrenses, ò quasi castrenses; (1) para cuya dacion de licencia puede el Juez con justa causa compeler al padre en lo que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo (2)

19 Deben pedir tambien la vénia en iguales terminos que el hijo, el yerno à su suegro, el subdito al superior, el vasallo à su señor, el discipulo à su maestro, el parroquiano à su Parroco, el entenado ò hijastro à su padrastro ò madrastra. (aunque sobre éste hay variedad de opiniones, pero no daña el pedirla) y el ahijado à su padrino de baptismo, si los demandan. (3)

20 Lo propio debe observar el liberto, quando su señor le dió libertad de su espontanea voluntad, sin precio, ò por él, recibiendolo del mismo liberto; en cuyos dos casos, à mas de no deber ser oído por no pedirla, incurre en la pena de 50. maravedis de oro, de la qual se eximirá si se aparta de la demanda antes de la contestacion, ò no comparece el demandado en el termino de la citacion, ò aunque comparezca no alega esta excepcion. Pero si otra persona dió el dinero para que lo libertase, no necesita la vénia de su señor para demandarle. (4)

21 Los hermanos consanguineos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro, ò destierro, à menos que el uno haya ma-

(1) Ley 7. tit. 2. Partid. 3 & ibi glos. 1. y leyes penult. y ultim. tit. 17 Partid 4. Sr. Salgad. Labir. part. 1. cap 17. num. 27.

(2) Cur. Philip. part. 1. §. 10. num. 7. al fin.

(3) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 2. num. 8. y 9. Cur. Philip. ibi n. 5.

(4) Leyes 3. tit. 2. y 4. y 5. tit. 7. Partid. 3.

maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ò que sea por traicion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ò contra el Rey ò su Reyno, pues en estos casos pueden hacerlo. (1)

22 Lo mismo procede para con los criados ò sirvientes respecto de sus amos pasados ò presentes; pues no siendo por alguna de las causas referidas, ò por infamarlos, ò hacerles perder sus bienes de modo que queden pobres, no deben acusarlos; y si lo hacen, à mas de que no se les debe admitir la acusacion, incurren en pena de muerte; (2) pero civilmente no está prohibido que todos se demanden.

23 El menor de 25. años no puede comparecer en juicio como actor ni reo, antes bien debe hacerlo en su nombre su curador, de que se le ha de proveer si no lo tiene: y si comparece sin él, vale solo lo que ceda en su utilidad, à menos que su contendor se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale; (3) por lo que si el menor, que no tiene curador, quiere demandar à alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo, y le defienda, sino nombrarlo previamente, y discernido el cargo pondrá en su nombre la demanda, y en otros terminos no debe admitirlo el Escribano, pues será reputado por idiota, y se deferirá solamente al discernimiento, si el Juez sabe lo que manda.

24 No milita lo explicado en el numero inmediato en las causas espirituales y beneficiales, pues en éstas, si entró en la pubertad, puede comparecer por sí sin intervencion de su curador, porque en esto no depende de él, (4) como he sentado en el capitulo 8. de mi primera parte num. 54: bien que se le restituirá siendo damnificado. (5)

Pe-

(1) Ley 4. tit. 2. Partid. 3.

(2) Ley 6. tit. y Partid. cit.

(3) Leyes 11. tit. 2. y 1. al fin tit. 3. Partid. 3. y ley Clarum, Cod. de Tutor. præstand. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1130. Sr. Covar. in cap. Quamvis pactum part. 1. §. 3. n. 9. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 29. n. 9.

(4) Cap. fin. de Judic. in 6. Vela disert. 6. num. 61.

(5) Sr. Covarr. lib. 1. Variar. cap. 5. n. 8. Cancer. part. 2. Var. cap. 1. n. 295.

Pero si el menor, que no tiene curador, comparece en juicio, y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion aunque sea leso, porque como casi contrato se confirma con el juramento, al modo que el contrato. (1)

25 Teniendo el varon catorce años cumplidos, y la hembra doce, deben nombrar por sí tutor, ò curador que los defienda en juicio, y cuide de sus bienes; y resistiendose à nombrarlo, les ha de apremiar à ello el Juez, ò por su resistencia nombrarselo de oficio; pero si están en la edad pupilar, toca al Juez la eleccion. Lo mismo debe practicar con los mudos, y sordos à nativitate, pródigos, locos, y mentecatos declarados; y en uno y otro caso debe el nombrado dar fianza, lega, llana, y abonada de que cumplirá fiel, y exactamente su encargo, con la qual no siendo de los prohibidos de ser tutores, y curadores, se lo ha de discernir, y confirmar el Juez. (2) Previniendo, que quando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, y no à la declaracion, y por su asistencia firmarla, ya sea civil, ò criminal el negocio, y asi se observa.

26 Estando legitimamente imposibilitado el curador de comparecer en juicio por su menor, ya sea por ausencia del Pueblo, enfermedad, ù otra causa, puede constituir Procurador, ò apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene. (3) Pero no estando impedido, se le permite hacerlo solamente despues de contestada la demanda. (4)

27 La muger casada no puede comparecer en juicio, ni elegir Procurador sin licencia de su marido, à menos que esté ausente del Pueblo en donde se ha de litigar, y no

(1) Ley 16. tit. 11. y ley 59. tit. 18. Partid. 3. y ley 6. tit. 19. Partid. 6. Gutier. in Authent. Sacramenta puber. n. 127. y lib. 1. pract. quæst. 67. Jul. Capon. tom. 1. discept. 64. Fontanel. decis. 101.

(2) Leyes 12. y 13. tit. 16. Partid. 6. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1130. cit. Gutier. de Juram. confirm. par. 1. cap. 52.

(3) Ley final tit. 10. ley 66. tit. 18. y ley 2. tit. 23. Partid. 3.

(4) Ley 3. tit. 5. y ley 95. tit. 18. Partid. 3. Navar. in Manual. tom. 3. cap. 25. n. 6. y sig.

no se espere su pronto regreso, que en este caso puede el Juez concedersela con previo conocimiento de causa: ò que el marido sea loco, furioso, mudo, ò mentecato, pues aunque esté presente, se le estima por ausente, y como si lo estubiera: ò que tenga que usar contra él de sus acciones civiles, y criminales, v. g. sobre restitucion de su dote, porque se la disipa, y viene à inopia: ò sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidéz en el trato, alimentos, y otras cosas, para las quales ni necesita licencia de su marido, ni del Juez, como expliqué en el cap. 4. de mi primera parte num. 108. al 110. Previniendo que si es preciso recibirla alguna declaracion como parte, ò testigo, ha de presenciar su marido al juramento, y por esta presencia firmarla, si sabe; mas no declarar ante él, y asi se practica.

28 El marido, ni su heredero no pueden fulminar contra la muger (constante matrimonio) causa de hurto, ni otra, de que se la pueda irrogar infamia, ò por la que merezca pena afflictiva: excepto por adulterio, ò por traicion contra el Rey, ò su Reyno, ò contra su señor temporal; y lo propio milita para con la muger respecto de su marido. (1)

29 Aunque compareciendo los litigantes en juicio por medio de su Procurador, es bastante (regularmente hablando) que el poder que le confieran, sea general para pleitos; pero no lo es en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio, si el poder no tiene las respectivas especialidades, v. g. para hacer el juramento de calumnia, y otros, pedir restitucion, prorrogar jurisdicion, hacer cesiones, donaciones, liberaciones, renunciar apelaciones, aceptar beneficio, tomar posesion de él, introducir el remedio de la tenuta, y recursos de fuerza, è injusticia notoria, suplicar segunda vez con la pena, y fianza de las mil y quinientas doblas, y para otros casos semejantes, en los quales es menester que el poder tenga estas especialidades, y en algunos que sea especial para caso determinado, por no bastar la especialidad que el general con-

(3) Ley 5. tit. 2. Partid. 3.

contenga. (1) Previniendo, que el apoderado para un pleito puede substituirlo, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda à uno, y otro esta facultad, y no de otra suerte. (2) En quanto à los que pueden, ò no ser apoderados, Procuradores, ò Personeros, vease el cap. 11. tom. 3. de mi primera parte.

§. II.

DE LA DEMANDA, Y CLAUSULAS que debe contener: si se puede ò no mudar, ampliar, y enmendar: qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios; y otras cosas.

30 LA demanda ò libelo es un escrito en que se refiere lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda ya sea civil, criminal, ò mixta, se ha de poner por escrito, y firmar de Letrado conocido: (3) y sin embargo de que una ley recopilada (4) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; no está oy en uso, y asi se pone *in scriptis* siguiendo la regla, y precepto que otra tambien recopilada (5) prefine para las Audiencias Reales.

31 El actor, ò demandante puede poner por sí mismo, ò por medio de Procurador, con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe éste legitimar su persona, presentando copia integra del poder: y si despues comparece por sí en el juicio, se entiende revoca-

(1) Sr. Salg. part. 1. labir. capit. 27. n. 63. Sr. Olea de Cesion. tit. 2. quæst. 6. n. 24. Vela disert. 38. n. 84. Cur. Philip. part. 1. §. 10. num. 31.

(2) Cur. ibi num. final. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. n. 20. vers. Tertia.

(3) Leyes 40 y 41. tit. 2. Partid. 3. y l. 4. al fin tit. 16. lib. 2. Rec.

(4) Ley 10. tit. 17 lib 4. Recop.

(5) Ley 1. tit 2. lib. 4. Recop.

cado el poder, à menos que exprese lo contrario en el pedimento que dé. (1) Pero antes de instaurarla debe mirar, y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2. Partid. 3. que explicaré con separacion en los numeros succesivos; y contienen los siguientes versos de la *glos. in cap.* 1. *de libelli oblatione.*

Quis, quid, coram quò, quo jure petatur, & à quò recte compositus quisque libellus habet.

33 El primero: *Quién es la persona, à quien quiere demandar*: por si es abuelo, padre, hijo, señor, siervo, amo, criado, marido, muger, hermano, Religioso, menor, loco, ù otra de las referidas en los numeros precedentes, para saber en qué casos, ò con qué requisitos ha de poner la demanda: (2) ò si es persona que deba responder à ella, porque no siendolo, como que el actor no es parte para demandarla, formará articulo de no contestar, y se declarará à su favor.

33 El segundo; *Qué cosa es la que pretende*: pues si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexo, naturaleza, edad, y especie. Si pieza de oro, ù otro metal; su peso, qualidad, y hechura. Si dinero; la cantidad, y especie. Si trigo, cebada, vino, aceyte, ù otra cosa semejante; su especie, y medida. Si vestido, el nombre, hechura, y color de la tela, ò paño. Si arca, maleta, cofre, ò saco cerrado con llave; basta explicar de qué son, y lo que contienen por mayor, pues no está obligado à individualizarlo todo; al modo que quando demanda genericamente la herencia de alguno, ò la quenta de bienes de huerfano, compañia, mayordomía, daños hechos, ù otras cosas semejantes; antes bien es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleito: como tampoco lo está quando demanda Castillo, Villa, Aldea, ù otro lugar señalado; pues basta nominarlos, diciendo le cor-

(1) Cap. Si quidem, de Procurator. in 6. Sr. Olea de Cesion. tit. 8. quæst. 1. num. 29.

(2) Ley 2. tit. 2. Partid. 3. y en ella el Sr. Greg. Lop.

corresponden con todas sus pertenencias. Si es alhaja raíz, ha de especificar su sitio, linderos, y demás señales, por las que sea conocida, y si pretende su propiedad, ò posesion. Y si intenta restitucion de ésta, ha de expresar el año, y mes en que fue despojado. Si le han injuriado de palabra, ù obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo, y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes, y año. Y si es cosa de peso, ò medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza à quanto asciende, y protextar que en el progreso de la litis lo declarará. Y careciendo la demanda de la respectiva claridad, y especificacion referida, no debe ser admitida. (1)

34 El tercero: *A qué Juez ha de acudir*; pues el actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente: y la razon es, porque no debe ser condenado, ni absuelto, sino por aquel à quien está sujeto, y de quien es subdito; y si le reconviene ante otro, puede oponer la excepcion de *incompetencia*, ò *declinatoria*, y no estará obligado à contestar sino en los casos que contendrán los numeros desde el 37. al 48. (2) Y para que el Escribano principiante sepa qué es *Fuero*, y quándo se puede surtir, aunque el demandado no sea de la jurisdicion, ò territorio del Juez ante quien se le demanda, lo explicaré.

35 Esta palabra *Fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso, y costumbre de algun Pueblo, ò Provincia. Otras por el mercado, ò plaza en que éste se hace. Otras por el juicio, jurisdicion, y potestad de juzgar. Y segun mi proposito se entiende por el Tribunal del Juez, à cuya jurisdicion está sujeto el reo demandado. (3)

36 Es de tres maneras: *Eclesiastico*, *secular*, *y mixto*. El eclesiastico es el que toca al Juez eclesiastico para co-

(1) Leyes 15. 25. 26. y 31. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop.

(2) Ley 32. tit. 2. Partid. 3. y ley Juris ordinem, Cod. de Jurisdiction. omnium judic.

(3) Ley 7. tit. 2. Partid. 1. ley De quibus, ff. de Legib. y ley final, Cod. Quæ sit longa consuetudo, Ferraris Biblioth. verb. Forus, n. 3. 5. y 58.

conocer de las causas que por disposiciones canonicas, y reales le competen, ya sea contra legos, ò eclesiasticos. El secular es el que pertenece al lego. Y el mixto es aquel, para conocimiento de cuyos negocios tienen ambos Jueces jurisdicion preventiva: de suerte, que el que primero llega, y empieza à conocer, es el que prosigue. Tambien hay fuero que está incluido en el cuerpo del derecho, y es el que compete al Clerigo, Soldado, menor, y viuda: y otro que no lo está, y es el que se concede à algunas personas privadas por especial privilegio: de lo qual tratan latamente el Autor de la *Curia Philip. part.* 1. §. 5. verb. *Fuero*, y los que cita, adonde remito al Escribano por no importarle necesariamente el saberlo.

37 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el Juez de su domicilio, exceptúa de esta regla *Durando*, alias *Speculator*, en su obra titulada: *Speculum juris particul.* 1. *lib.* 2. *tit. de Competent. judic. addict.* §. 1. Cinquenta y dos casos, de los quales no solo explicaré los quatro mas frequentes, que menciona *el cap. ultim. de Foro competenti lib.* 2. *Decretal. tit.* 2. y son: *por razon de domicilio*: *contrato con sumision*: *delito cometido*: *y alhaja sita dentro de la jurisdicion*, sino algunos mas, de que tratan las Leyes del Reyno, en los quales surte el fuero de otro Juez, sin embargo de que no sea subdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observandose lo dispuesto por la ley 20. tit. 21. lib. 4. Recop. que inserté en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 86. De cuyos casos, el primero es por ser natural, ù originario del Pueblo en que se le demanda, hallandose en él. El segundo por haber obtenido en él la libertad, pues el esclavo manumitido sigue el fuero del que se la dió. El tercero por casamiento, y asi la muger está sujeta al Juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdicion de otro. El quarto por razon de Caballería; por lo que el Caballero, ò Soldado debe responder en el lugar en que habita: bien que esto está alterado, pues los Militares tienen Jueces privativos que conozcan de sus causas. El quinto por razon de bienes que heredó, y posee en la jurisdicion del Pueblo en que se le demanda sobre ellos. El sexto por contrato

con

con sumision especial, ò promesa de dar, ò hacer paga, ù otra cosa en aquel lugar, ò la persona à quien heredó: pues el contrayente, y su heredero son correlativos, y en derecho se conceptúan una persona en quanto à las acciones activas, y pasivas transmisibles. Lo qual se entiende, aun quando se haya formalizado la obligacion en otro lugar por qualquiera de los dos: y en este caso, pudiendo el reo cumplir lo pactado, tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita; ò en que celebró el contrato; ò en que prometió, ò su causante hacer la paga, ò cumplir la obligacion: y esto milita, y procede, ya sea por accion real, ò personal, y el contrato válido, ò nulo; y lo mismo para el quasi contrato: mas no para el distracto si se trata de rescindir el contrato, pues no debe ser llevado al lugar en que éste se celebró: de cuyo caso, y qué efecto causa la renunciacion del propio fuero y domicilio, con juramento lo trata bien el Señor *Covarr. Pract. cap.* 10. *n.* 4. *al* 6. El septimo por haber diez años que vive, y está domiciliado en él. El octavo por poseer en él la mayor parte de sus bienes, no obstante que no haya diez años que lo habita. El noveno por contestar llanamente la demanda sin usar de la *declinatoria*, pues debe continuarla ante el mismo Juez hasta su final decision. El decimo por haber cometido delito en aquel Pueblo, ò en su jurisdicion, pues capturandole en él, ò en virtud de requisitoria de aquel Juez en otro Pueblo, puede ser demandado civil y criminalmente ante él, aunque sea natural de otro, y tenga en él su domicilio, porque por el delito está lesa aquella Republica; y asi, para darla satisfaccion, y exemplo à otros, y causarles terror, debe conocer aquel Juez; à mas de que alli con mayor facilidad se puede probar el delito, y delinquente. El undecimo quando es vago, pues por no tener domicilio seguro, debe responder en donde se le demande, y halle; y aun quando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera. El duodecimo quando se encuentra en su poder la cosa agena que se pide; en cuyo caso, si es persona de buena fama, y quiere dar fianza de estár à derecho, se le debe dexar en deposito.

y

y no dandola, se ha de depositar en otro. Pero si tiene mala fama, debe ser, y estár preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que à ella le compete, y de donde la hubo. El decimotercio por via de reconvencion, pues el actor está obligado à contestar la que el reo le hace ante el propio Juez de la convencion, sin embargo de que no sea subdito suyo, excepto en los casos que en el §. 6. explicaré. El decimoquarto por razon de quentas de tutela, mayordomía, ù otras semejantes, ò uso de algun oficio público, pues debe responder en el lugar que exerció éste, ò se le encargaron aquellas, y ante el Juez que le hizo el encargo. (1) El decimoquinto por haber sido citado legitimamente de orden de su Juez, aunque despues de la citacion vaya à domiciliarse à otro lugar, ò à estudios, romería, peregrinacion, ò comision del Rey, ò de su Concejo, porque el Juez previno la jurisdicion para conocer del negocio, y por eso debe contestar, y seguir la demanda ante él. (2) Sobre cuyos casos trahen el *Sr. Greg. Lop.* en las glosas de las leyes de Partida que se citan, y *Carlev. de Judic.* en las ocho questiones del *tit.* 1. *disp.* 2. muchas ampliaciones, y limitaciones que podrá ver el aplicado Jurista, y contraerlas segun el caso ocurra, pues para tinturar al Escribano basta lo expuesto, y que se expondrá en los numeros succesivos.

38 Puede ser demandado tambien el reo en la Corte, como patria que se contempla de todos para vivir en ella, y en las Chancillerías, y Audiencias, siendo hallado en su distrito; (3) y aunque no se le halle, se le puede sacar de su domicilio por *caso de Corte*, y obligar à contestar por las personas, y sobre los negocios siguientes. La demanda sobre bienes vinculados, ò sobre vasallos, fortalezas, muerte, ò heridas de Caballero principal, ù otros casos semejantes, y de grande importancia: (4) las civiles, y crimi-

na-

(1) Ley 32. tit. 2. Partid. 3. ley 15. tit. 1. Partid. 7. ley 7. tit. 3. lib. 4. y leyes 1. y 3. tit. 16. lib. 8. Recop.

(2) Ley 12. tit. 7. Partid. 3. y ley Si quis postea, ff. de Judic. Murillo lib. 2. Decretal. tit. 2. de Foro competent.

(3) Ley 4. tit. 3. Partid. 3.

(4) Ley 4. tit. 1. lib. 3 y ley 9. tit. 3. lib. 4. Recop.

nales, que contra qualesquiera personas, ò Concejos intentan los Señores del Consejo, Oidores, y Chancilleria mayor, Mayordomo mayor del Rey, sus Contadores mayores (que oy llaman Ministros del Tribunal de la Contaduría mayor) Tesoreros, Notarios, y Oficiales de la Real Casa, Corte, y Chancillerías, Alcaldes de ésta, y de Hijosdalgo, Escribanos, y demás Oficiales que en aquellas gozan sueldo del Rey, mientras exercen sus oficios solamente, mas no sus Tenientes, (1) y entre los referidos se comprehenden los criados del Principe, que oy lo son del Rey con destino de servidumbre à su quarto. (2) Pero en quanto à los que gozan sueldo, y son criados del Rey, está mandado lo contrario por la ley 66. tit. 4. lib. 2. Recop. cuyo cap. 4. dice al fin: *Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 9. tit. 3. lib. 4. por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme à derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desamparen sus estados, ni continuen la asistencia en esta Corte.*

39 Lo son igualmente los pleitos que se tratan contra el Corregidor, Alcalde ordinario, Regidor, ù otro Oficial del Concejo del Pueblo en que exercen sus oficios, sobre los casos en que segun derecho pueden ser reconvenidos durante ellos; (3) y contra Grandes, Duques, Condes, Marqueses, Señores poderosos que eligen Justicia, y tambien contra Concejo, aunque el demandante sea otro, ò persona à quien competa el privilegio de caso de Corte. (4)

40 Gozan del privilegio de caso de Corte los Concejos Cabezas de Partido, y Universidades; (5) las Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cabildos, Cofradias, y Colegios de Frayles y Monjas de qualquiera Orden; (6) los pobres muy viejos, ò enfermos, y personas miserables quando litigan con

(1) Dicha ley 9. tit. 3. lib. 4.
(2) Cur. Philip. part. 1. Juicio civil, §. 9. n. 9.
(3) Ley 21. tit. 5. lib. 2. y ley 8. tit. 3. lib. 4. Recop.
(4) Curia Philip. ibi n. 10.
(5) Ley 37. del Estilo.
(6) Sr Covar. Pract. cap. 7. n. 3. Cur. Philip. ibi.

con alguna poderosa ; (1) el menor de 25. años, que está huerfano de padre , y no de otra manera ; la viuda honesta , y por consiguiente la soltera que vive recatadamente; (2) como tambien la casada , cuyo marido es inutil , y pobre , ò está captivo , ò desterrado ; pero no la viuda que es deshonesta , ò mató à su marido. (3) Lo qual se entiende , aunque renuncien dicho fuero , pues no vale su renunciacion ; (4) ò sean contumaces. (5)

41 Tienen privilegio activo , y pasivo las personas miserables , menores , huerfanos , y viudas honestas ; por lo que pueden traher sus causas , y conocerse de ellas por caso de Corte , ya sean actoras , ò demandadas. Lo qual se amplia à los que forman concurso de acreedores , y les ceden sus bienes aunque sean mayores , (6) porque estos son miserables , (pues se llama asi , y lo es el que por la injuria de los tiempos decayó de su antiguo esplendor , y fortuna :) y se amplia tambien al que por sentencia es obligado à entregar sus bienes à otro , y privado de ellos, como sucede al concursante : y al que no puede administrar sus propias cosas , y hacienda. (7)

42 No gozan del privilegio referido las personas expresadas sino en las causas de mas de diez mil maravedis : (8) ni en las en que se interesa la Real Hacienda : ni en las executivas , feudales , y criminales : ni quando contestan la demanda ante el Juez inferior : (9) ni quando el plei-

(1) Ley 5. tit. 3. y ley 41. tit. 18. Partid. 3. y ley 5. tit. 3. lib. 4. Recop.

(2) Ley 8. al fin tit. 3. lib. 4. Recop. Sr. Greg. Lop. en la 5. tit. 3. Partid. 3. glos. 2. vers. Sed an dicatur vidua: ::

(3) Sr. Olea de Cession. jur. tit. 3. quæst. 7. n. 25. Sr. Valenzuel. consil. 31. n. 25. Acev. en las leyes 8. y 9. tit. 3. lib. 4. n. 10. al 12. Sr. Covar. Pract. cap. 6. n. 7. Valasc. de Privileg. pauper. part. 3. quæst. 7.

(4) Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. sect. 7. n. 598. y 99.

(5) Ley de Die , §. Planè , ff. Qui satisdare cogant.

(6) Carrasc. in Casib. Curiæ, num. 44. y 66. Sr. Salgad. Labir. part. 1. cap. 2. n. 28.

(7) Leyes 5. tit. 3. y 20. tit. 23. Partid. 3. y ley 1. Cod. Quando Imperator. ley final. Cod. Qui bonis cedere possunt , y ley ultim. ff. de Postulando , Sr. Salg. cap. cit. n. 37. al 42.

(8) Ley 11. tit. 3. lib. 4. Recop.

(9) Cur. Philip. en el lugar citado , n. 15. Carleval Sect. dicha.

pleito se principia ante el ordinario, y la miseria sobreviene despues de contestado, porque está prevenida ya la jurisdicion en quanto à él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero: (1) ni quando tienen que dar cuenta pública, ò privada, pues deben darla en donde, y ante el Juez que les encargó la administracion: (2) ni tampoco unas contra otras, porque son iguales en especie, y actos; por lo que si una demanda en la Corte à la otra, y ésta declina, y pretende se remita la causa al Juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion. Lo qual se limita en caso de que el actor sea mas misero, è infeliz, pues entonces será atendido. (3)

43 Si el negocio es individuo, y comun à dos, uno que goza del privilegio, y otro no, gozará éste tambien de él, v. g. quando es mayor de 25. años, y el otro huerfano menor, y ambos poseen *pro in diviso* alguna cosa, ò les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la Corte, al modo que el menor. (4) Previniendo que no se debe dar carta de emplazamiento por caso de Corte, sin que el que la pide, dexe Procurador conocido. (5)

44 No pueden conocer en primera instancia los Oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar à los reos de su fuero, sino por caso de Corte: (6) ni ser presos, ni convenidos en ésta los Procuradores de Cortes mientras exercen sus encargos, sino por Derechos Reales maleficios, ò contratos, que en ella hagan: ò que contra alguno se haya dado sentencia en causa criminal. (7)

45 Los Procuradores, que en nombre de sus Concejos

(1) Ley Si quis postea 7. ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. ley Cum quædam puella 19. ff. de Jurisdiction. omnium judic. y ley Tutor 28. ff. de Excusation. tutor.

(2) Leyes 1. y 2. Cod. Ubi de ratiociniis agi oportet, & ibi DD.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 3. Partid. 3. glos. 2. vers. *Et quando privilegia invicem concurrunt conquassatis privilegiis*::: Cur. Philip. dicho §. 9. n. 16.

(4) Ley Si communem 10. ff. Quemadmodum servitutes amittuntur, y ley 1. ff. De quibus rebus ad eumdem judicem eatur.

(5) Leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop.

(6) Ley 21. tit. 5. lib. 2. Recop.

(7) Ley 10. tit. 7. lib. 6. Recop.

jos vienen à la Corte, ò llamados del Rey, ò del Consejo, no deben ser prendados en ella por las deudas de ellos; pero sí por las suyas propias. (1) Y se advierte que el privilegio de caso de Corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste resiste, y le incomóda usar de él, porque de lo contrario se convertiria en su detrimento, habiendose establecido para su beneficio. (2)

46 Los casos de Corte (cuyo nombre se les dá, porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones (3) à su Consejo, Chancillerías, y Audiencias, para lo qual se saca à los reos de su propio domicilio, y se les obliga à contestar las demandas en dichos Tribunales con inhibicion de los Jueces de su fuero) son de dos clases, *civiles*, *y criminales*. Los civiles, de que queda hecha mencion en los numeros 38. y 39. ò son notorios, ò no. Los notorios son los de un Concejo contra otro, y los de Cabildos, Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cofradías, Universidades, Colegios, Grandes de España, Titulos de Castilla, Oficiales, y Criados del Rey: y para que se admita el recurso, basta alegarlos, y pedir se hayan por notorios. Pero no siendolo, v. g. el pleito del menor huerfano, viuda, y personas miserables, es preciso no solo que se aleguen, sino que se justifiquen dentro de nueve dias siguientes al ultimo del emplazamiento, (4) pues de lo contrario no se admitirán, por resultar perjuicio irreparable: y la justificacion puede hacerse sin citar à la parte adversa, de cuya omision no se la irroga detrimento, porque en compareciendo, puede alegar, y probar dentro de los mismos nueve dias no ser de Corte el caso, y pretender se declare asi, y devuelva el conocimiento al Juez que entendia en él.

47. Los criminales son: la traicion contra el Rey, ò su Reyno, el encubrimiento de malhechores, ò deudores en Castillo, fortaleza, ò casa fuerte, sin querer entregarlos

(1) Ley 11. sig.
(2) Cur. Philip. §.9. cit. n.16. al fin.
(3) Leyes 4. y 5. tit.3.Partid.3. ley 11. tit.5. lib. 2. y leyes 8. y 9. tit. 3. lib. 4. Recop.
(4) Ley 1. tit.5. lib.4. Recop.

los à la Justicia, ò en lugar de Señorío, ò Abadengo: la represalia de bienes, ò prision atentada por maravedis: la perpetracion de muerte segura: la violencia y robo de muger: la infraccion de tregua ò camino: la combustion de casa, ù otro edificio: el rieto ò desafio: el ser ladron conocido, ò dado por vanido, ò encartado como profugo por el delito que cometió: la falsificacion de sello, ò moneda real: y la resistencia de Concejo, ò persona poderosa à la execucion que en virtud de Real Provision se hace por debitos reales: (1) por cuyos delitos puede ser emplazado qualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte y Chancillerías por los Alcaldes, y Jueces de ellas. (2) Y se previene que éstos en las en que lo fueren, no pueden tener por caso de Corte pleitos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores, ni reos en primera instancia. (3) De la forma de seguir las causas por caso de Corte trata *Villadiego* en su política *cap.* 1. *De la Instruccion num.* 61. y como se ha de poner la demanda las leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop. que podrá ver el Escribano, pues por estár en castellano, omito el molestarle con su explicacion.

48 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero que el difunto debia serlo; (4) y la razon es, porque éste, y aquel se contemplan en derecho una persona en quanto à las acciones activas, y pasivas transmisibles; (5) y porque por la del heredero ninguna mutacion recibe la obligacion de su instituyente en lo concerniente al fuero, ù otra alguna condicion. (6)

49 Lo qual se entiende, ya pudiese ser convenido el difunto estando presente, ò ausente; pues del propio modo puede serlo su heredero sin diferencia. Y se amplia aun-

(1) Leyes 8. tit. 3. y 5. y 6. tit. 13. lib. 4. leyes 8. y 10. tit. 17. lib. 5. ley 2. tit. 16. lib. 8. y leyes 4. y 9. tit 8. lib. 9. Recop.

(2) Ley 8. tit. 3. lib. 4. Recop.

(3) Ley 10. tit. 3. lib. 4. dicho.

(4) Ley Hæres absens, ff. de Judic. y ley 32. tit. 2. Partid. 3. verb. E la sexta.

(5) Authent. de Jurejurand. à morienti præstit. collat. 5. ley Hæredem 59. ff. de Regul. jur. y ley 13. al fin tit. 9. Partid. 7.

(6) Ley 2. §. Ex his: y ley In executione 85. §. Pro parte, ff. de Verbor. obligat.

aunque éste sea privilegiado por peculiar gracia del Principe, pues por su personal y privativo privilegio no puede escusarse de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante. (1)

50 Pero si el privilegio de que goza el heredero, no está concedido solamente à su misma persona, sino à algun estado, ò cuerpo, y es de los inclusos en el del derecho como los de Clerigos, Militares, viudas, y pupilos, se le ha de convenir en su fuero, y ante el Juez del que exista en el territorio, ò Provincia en que vivia su causante: (2) y la razon es porque despues que el Clerigo acepta la herencia, empieza ésta à contenerse patrimonio suyo propio, y à gozar del privilegio que à aquel compete; y asi pierde su antigua naturaleza, y se constituye privilegiado: (3) al modo que la que lo es, pierde el privilegio luego que llega à poder del que no lo goza. (4)

51 Y sin embargo de que la ley 57. tit. 6. Partid. 1. dice: *otrosi quando el Clerigo hereda los bienes del ome lego, è otro alguno ha demanda contra aquel lego por razon de aquel haber, ò de daño que hobiese fecho, tenudo es el Clerigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó le faria aquel, de quien hereda el haber, si fuese vivo.* Esto se entiende, quando el pleito se movió al difunto, y se le citó, pues basta la citacion aunque no hubiese contestado la demanda, (5) en cuyo caso y no en otro la instancia incoada con él, pasa à su heredero segun por derecho (6) está decidido; y por el contrario, si el lego hereda al Cle-

(1) Dicha ley Hæres absens, ibi: *nulloque suo proprio privilegio excusatur.* Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. quæst. 5. n. 298.

(2) Sr. Covar. Pract. cap. 8. n. 4. Sr. Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6. Partid. 1. glos. 5. Carlev. ibi n. 299. y 301.

(3) §. Licet autem, Institut. Quibus ex causis manumit. non licet. §. 1. Institut. de Hæred. qualit. leyes Sed si plures 10. §. Filio, ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y Paterfamilias 12. ff. de Privileg. credit. y cap. unic. §. fin. de Jure Patronat. in 6.

(4) Ley Per Procuratorem 89. ff. de Acquirend. hæredit. & ibi Bart. num. 3.

(5) Sr. Greg. Lop. en la ley 57. inserta glos. 5. Carlev. disp. 2. y quæst. 5. dichas n. 308. al 318.

(6) Ley Si is, qui Romæ 34. ff. de Judic. ley Si eum hominem 34. ff. de Fidejussorib. y cap. Quia 11. ff. de Judic.

Clerigo, y con éste se principió la instancia ante su Juez, debe el lego proseguirla ante él (1)

52 Estando yacente, ò sin aceptar la herencia: en este caso como que representa al difunto (sea, ò no privilegiado su heredero) se la debe reconvenir en el propio lugar y ante el Juez, ante quien el difunto podia serlo, ya sea el de su domicilio, ò el en donde existe la herencia, ò la mayor parte de sus bienes: de modo que si se deduce en juicio accion real, debe demandarsela ante el del Pueblo en que está sita: y si accion personal, ante el en donde el difunto podia serlo, ò su heredero, si la hubiese aceptado. (2) El que quiera instruirse radicalmente de lo explicado, como tambien ante qué Juez ha de ser convenido el heredero por el contrato con clausula *de non alienando* que hizo su causante, y otras cosas dignas de saberse, vea à *Carlev. de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *quæst.* 5. *per tot.* que las explica con la extension y admirable claridad propias de su sublime talento, y consumada literatura, pues por ser materia difusa, y no precisa al Escribano, la omito. Y en quanto à la apertura del testamento, y confeccion del inventario de los bienes del difunto, ya haya muerto testado, ò intestado, y él y su heredero sean Clerigos, ò legos, ò uno Clerigo, y otro lego, el cap. 1. num. 6. al 8. del Libro primero de esta segunda parte.

53 El quarto requisito que debe mirar, y tener presente el actor, es, *el no excederse en pedir mas que lo que debe*: lo qual puede suceder de las quatro maneras que expresa la ley 42. tit. 2. Partid. 3. y se contienen en este verso::

Plus petitur causa, vel tempore, re què, loco què.

Y son: en tiempo: alhaja ò cantidad: lugar y causa. En tiempo quando pide en el prohibido; pues como queda sentado en el num. 12. no debe hacerse juicio en dias feriados, sino en ciertos casos, v. g. dar tutores à los pupilos: remover de la tutela à los sospechosos: conocer sobre alimentos, ya se pidan de oficio al Juez, ò por derecho de accion,

(1) Carlev. disp. cit. n. 310. (2) Carlev. ibi n. 322. y 323. 319. 20. y 21.

cion, si el que los pretende está indigente: dar à la viuda preñada la posesion de los bienes de su difunto marido por representacion del posthumo, siendo pobre, y careciendo de lo necesario para su vital conservacion, y no de otra manera: la justificacion de menor edad: el pleito de libertad de siervo: la apertura del testamento: la custodia de bienes de difunto, para evitar su extravio: la prision, y escarmiento de malhechores, y otros casos semejantes, en que se interesa la utilidad, ò indigencia pública, ò privada, ò la piedad. (1)

54 Lo mismo procede, quando demanda antes que cumpla el plazo, ò condicion estipulados en el contrato, à menos que haya causa justa, v. g. si el marido empobrece, ò el padre disipa la legitima materna de su hijo, pues pueden pedirse ésta, y la dote. O el succesor del mayorazgo que se declare pertenecerle éste despues de la muerte del poseedor, que intenta transferir en otro su posesion. O quando pide en el tiempo en que por naturaleza no se le puede entregar lo que pretende, ni cumplirse el pacto, v. g. el parto, ò fruto que ha de nacer, hasta que nazca. (2)

55 En *alhaja ò cantidad*: si pide cosa que el demandado no está obligado à darle: ò mas cantidad que la que realmente le debe, bien que si la pidiere, valdrá la sentencia en lo que probare, atendida la verdad; pero si pidiere tambien los frutos de la alhaja sin debersele, no claudicará por eso la demanda, ni se tendrá por exceso, por ser cosa acesoria. (3)

56 En *lugar*, quando el demandado no está obligado à hacer la paga, ò entrega en él en que se le demanda. Lo qual se entiende, à menos que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entonces en qualquiera en que exista, puede ser reconvenido, para que por su malicia no

(1) Ley 35. tit. 2. Partid. 3. vease al Sr. Greg. Lop. en sus 15. glos.

(2) Ley 45. tit. 2. Partid. 3. y ley Interdum 35. ff. de Verbor. obligation.

(3) Ley 43. tit. 2. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en la 42. dicho titul. glos. 2.

no pierda el acreedor su deuda.

57 Y *causa ò manera*: v. g. si el demandado tubiese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiese, y este eligiese, tocando la eleccion al otro. O este se obligase genericamente à dar, ò hacer algo, y aquel pretendiese especificamente cosa determinada: pues excedia en su pretension, y no la hacia de la manera que debia, por la eleccion que quitaba al demandado: y en otros casos semejantes. (1)

58 Al actor se pueden irrogar graves perjuicios por excederse en su pretension en qualquiera de los quatro modos explicados; excepto que pida mas, no por dolo, sino por error: ò que sea menor, pues debe ser restituido: ò que modifique su demanda à lo justo antes de la contestacion, y se aparte de lo que pidió de más. En cuyos tres casos no deberá ser condenado en costas, ni perderá la deuda principal; pero habiendo dolo, ya sea por haber hecho obligar à su contendor por mas de lo legitimo, ò de otra suerte, se le podrá condenar en estas penas. (2)

59 El quinto es: *por qué derecho y razon la pretende, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*: pues si ninguna accion le compete à ella, y el reo forma articulo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir: y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado por litigante de mala fé, como que no tubo causa justa para litigar, y se le condenará en costas, (3) aun quando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide. (4) Pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos y tachados no por razon de delito, sino de sus personas, se le eximirá de satisfacerlas, y no habrá condenacion. (5)

60 Y el sexto, y ultimo que debe mirar, y tener presen-

(1) Dicha ley 45. y §§. Plus autem, y Huic autem, Institut. de Action. Murill. lib. 2. Decretal. tit. 11.

(2) §. 33. Instit. de Action. y ley 44. tit. 2. Partid. 3.

(3) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. y ley 14. tit. 8. lib. 2. Recop.

(4) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 39. glos. 1.

(5) Idem ibi glos. 3.

sente, es: *cómo ha de ordenar la demanda.* Para lo qual se le advierte que esta segun la ley debe contener cinco cosas, à saber, el *nombre del Juez*: (bien que si hay dos ò mas en el Pueblo, se omite, porque el actor dice al Escribano ante qual quiere ponerla, y al que elige, dá quenta de ella,) el *suyo*: *el del demandado*: *la alhaja*, *cantidad*, *ò hecho que la motiva*: *y la causa*, *ò razon por que pide*: lo qual debe expresarse, especialmente en la accion personal. (1)

61 Y aunque en la accion real no es necesario que se mencione, y basta decir que le pertenece el dominio ò propiedad de la cosa, señalandola de modo que pueda ser conocida: pero es util, porque si por la razon que propone, no se declara à su favor, puede pretenderla por otra que no se haya exprimido en el libelo; de lo qual se imposibilitará, omitiendola, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas, por que le competia antes de la sentencia. (2) Lo qual se limita en caso que haga constar que despues de proferida ésta, nació otra causa justa, ò razon que antes ignoraba para pretenderla, en cuyo caso por la ignorancia podrá pedirla, y ser restituido in integrum. (3)

62 Ha de pedir tambien expresamente los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y los intereses, daños y menoscabos si los hubiere, y asimismo las costas, para que por su silencio no las pierda, en caso que el reo deba ser condenado à su satisfacion; à cuyo fin los estimará en la demanda, pues justificandolos en la prueba, puede el Juez dar sentencia sobre todo, y moderarlos, si le parecieren excesivos: pero no remitir este acto à Contadores, porque se lo prohibe el derecho. (4)

63 Si el reo es fallido, ò se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraigue el juicio. Pero para

(1) Ley 40. tit. 2. Partid. 3. glos. in leg. 1. ff. de Edendo, verb. Ut proinde, y cap. final de libelli oblation.

(2) Leyes 25. y 27. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop.

(3) Ley Si mater, ff. de Exception. rei judicat.

(4) Ley 52. tit. 5 lib. 2. y ley 20. tit. 9. lib. 3. Recop.

sa que haya lugar à que asi se mande, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios: por confesion del mismo reo, ò por informacion de testigos à lo menos sumaria, ò por escritura; y en otros terminos no se debe deferir à su solicitud: y constando por uno de ellos, está obligado el reo à dar fianza lega, llana, y abonada; y si no halla fiador, à jurar que estará à derecho hasta la conclusion del juicio: (1) bien que si se puso de peor condicion que estaba quando contraxo la deuda, ya sea ésta liquida, ò iliquida, y se haya constituido puramente, ò à dia cierto, ò con condicion, puede ser encarcelado por defecto de fiador, (2) en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo.

64 Quando el actor intente la reivindicacion por dominio util, no ha de concluir pidiendo la *propiedad*, sino el *dominio*, porque aunque estas dos palabras significan una misma cosa segun la ley 27. tit. 2. Partid. 3. la segunda es mas lata y general, y abraza ambos dominios *directo*, *y util*, y la primera solo el directo, pues asi lo aconsejan el Sr. *Greg. Lop.* en la glos. 3. de dicha ley, y otros que cita.

65 Ninguno puede ser compelido (regularmente hablando) à demandar à otro, sino quiere; pero si se jacta delante de algunos de que es su siervo, ò le infama, puede ser apremiado à instancia de éste por el Juez de su domicilio à que ponga su demanda, y la pruebe, y el Juez prefinirle termino para ello, ò precisarle à que se desdiga; y no queriendo comparecer, apercibirle, è imponerle perpetuo silencio con pena, y exigirsela en caso de reincidencia. (3)

66 Lo propio milita, quando alguno quiere hacer viage con mercaderías, y otro por hacerle mala obra, se jacta de que le está debiendo alguna cantidad, y le demanda

(1) Ley 41. tit. 2. Partid. 3. y ley 66. de Toro.

(2) Ley 2. tit. de los Emplazamientos, lib. 3. del Fuero Real, y ley In omnibus, ff. de Judic. Gom. en dicha ley 66. de Toro.

(3) Ley 46. tit. 2. Partid. 3. y ley unica, Cod. Ut nemo invitus agere.

da fraudulentamente: en cuyo caso el Juez debe apremiarle, y prefinirle breve termino para que pruebe su accion, mas no imponerle perpetuo silencio como en el caso precedente; y no probandola en el que le prefina, no debe ser oído hasta que el otro regrese de su viage. (1)

67 Queda explicado lo que es juicio, quántas personas son precisas para constituirlo, en qué dias no puede hacerse, quiénes pueden, ò no comparecer en él, qué cosas debe tener presentes el actor para poner su demanda, quáles debe contener ésta, y otras muy utiles, y dignas de saberse. Paso à explicar lo primero *que es cumulacion de acciones.* Lo segundo *si en un libelo, ò demanda podrá ò no el actor proponer, y cumular contra uno, ò mas sugetos muchas acciones civiles, ò criminales.* Lo tercero *si compitiendole accion civil y criminal contra el reo por un mismo hecho, ò delito, podrá intentarlas ambas en un libelo, y se deberán determinar à un tiempo, ò sobreseerse en la una.* Lo quarto *si despues de incoada, ò elegida la civil, podrá apartarse de ella, y deducir la criminal: y quándo se entiende incoada, y elegida.* Lo quinto *si elegida, y propuesta por el actor la civil, y por el reo principalmente, ò por via de excepcion la criminal, ya sea, ò no concerniente ésta al juicio intentado, se ha de decidir primero la civil, ò la criminal.* Lo sexto *si las acciones de ambos fueren criminales: ò si dos actores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno, ò mas Jueces, uno por delito grave, y otro por leve, quál se debe determinar primero.* Lo septimo *si deducida formalmente la demanda, la podrá mudar, enmendar, y adicionar, y quándo.* Lo octavo *si dos demandan à uno sobre una misma cosa, quál debe ser oido primero.* Y lo nono *quando hay duda en las palabras de la demanda, cómo se han de entender.*

68 Y en exposicion de estos puntos algo delicados, y de algunos ignorados, diré lo que me enseñaron los libros, las leyes, y la práctica. Y al primero digo que la *cumulacion*, ò acumulacion de acciones es de dos maneine-

(1) Ley final tit. 2. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2.

neras, *propia*, *è impropia*: la propia, ò simultanea es union de diversas acciones propuestas, y deducidas en un mismo juicio, tiempo, y libelo. Y la impropia, ò succesiva es en diverso tiempo, y libelo hasta la litis contestacion. (1)

69 Al segundo, que en un libelo puede proponer, y cumular el actor contra uno, ò mas sugetos muchas, y diversas acciones civiles, ò criminales por distintas causas, y razones; pero esto se entiende, con tal que entre sí no sean contrarias, porque si lo son, le está prohibido; y asi es menester para ello nueva instancia, è interpelacion, segun se prueba de la ley 7. tit. 10. Partid. 3. que al principio dice: *Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas, è razonandolas todas en uno, solo que non sea contraria la una à la otra: Cà si tales fuesen, non lo podria facer.* Por exemplo: un siervo hurta dinero à su Señor, y lo da à otro, para que con él compre alguna alhaja, y éste sabiendo que es hurtado, lo toma, è invierte en la compra. En este caso competen al señor dos acciones contra el comprador, y son: la de demandarle el dinero como hurtado, ò la alhaja; y asi no debe intentarlas ambas, antes sí la que mejor le convenga. Pero habiendo diversas instancias, se pueden alegar en la una cosas contrarias à las alegadas en la otra. (2)

70 Quando los derechos son tales que por la eleccion no se quitan, se pueden proponer subsidiaria, y condicionalmente en un libelo dos remedios contrarios: v. g. alegar que el testamento es nulo, y caso que sea valido, que es inoficioso. O que es nulo el contrato, y quando por tal no se estime, que al menos debe ser restituido el contrayente, por haber sido lesso en él. (3)

71 Tambien puede pretender simultaneamente el actor

(1) Farinac. Prax. crimin. tom. 3. cap. 3. quæst. 100. n. 120. y 121.

(2) Glos. & Bart. in Authent. de Triente, & Semisse, §. Illud quoque, collat. 4. Bald. in leg. 3. Cod. de Petition. hæreditat.

(3) Cap. Constitutus, de In integrum restitut glos. in leg. Qui de inofficioso, ff. de Inofficios. testament. Sr Greg. Lop. en la ley 7. tit. 10. Partid. 3. glos. 1.

tor la propiedad, y posesion; (1) aunque lo mejor es pedir ésta, asi por ser de mas facil prueba, y mas dificil el quitarsela, ya tenga, ò no titulo para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad: lo que al contrario siendo condenado en el juicio petitorio, no puede instaurar el posesorio, porque aquel abraza à los dos. (2)

72 No se pueden proponer, ni cumular, quando una accion depende de la otra; v. g. el que con titulo de heredero quiere cobrar deuda hereditaria, y despues pide se le declare por heredero: pues primero debe hacer constar serlo, que intentar la cobranza, y asi no se le admite. (3) Ni quando las acciones son tales que la eleccion de la una excluye, y extingue la otra v. g. la *tributaria*, y otras semejantes. (4) Ni quando se encuentran de tal suerte, que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra. (5) Ni quando son contrarias en el exercicio, y no en el origen, pues siendolo solamente en éste, no cesa la una por la eleccion de la otra. (6)

73 Lo propio sucede quando la una es *prejudicial*. Llamase prejudicial una causa, quando la sentencia dada en ella, produce real, y verdaderamente, ò puede producir excepcion de cosa juzgada en la otra; ò mira à la legitimacion, y estado de las personas, v. g. si es siervo, liberto, hijo de familia &c. y en ella se objeta alguna cosa que enerva, y perime la accion del actor en la otra. (7) Ò quando es mayor, y por razon de su mayo-

(1) Ley 27. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop.

(2) Leyes 27. y 28. tit. 2. Partid. 3.

(3) Ley Ut debitum, Cod. de Hæreditar. action.

(4) Ley Quod si, ff. de In rem verso, y ley Quod in hærede 9. §. Eligere, ff de Tributor. action.

(5) Ley Si mater, §. Eadem. y ley De ea, ff. de Exception. rei judicat. ley Quod in hæredem cit. y ley Interdum, ff. de Public. judic.

(6) Ley 1. Cod. de Furt. y ley Contra majores, Cod. de Inoffic. testam.

(7) Ley 1. & per tot. Cod. de Ordin. cognition. y ley Quoniam Alexandrum 26. Cod. ad leg. Jul. de adult. Farinac. dicha quæst. 100. cap. 2. n. 78. 84. y 128.

yoría no admite consigo otras. O es de mayor prejuicio, ò prelacion en quanto al orden judicial, por no poderse seguir ambas, sin invertir éste. O no son compatibles. O la una absorve en sí à la otra, de modo que difinida aquella no se puede proceder mas en ésta, porque hace sobreseer en ella, y extingue, y excluye todo su derecho: v. g. si al que pretende la herencia, se objeta que es esclavo; primero se ha de determinar sobre su libertad, y si se declara no ser libre, se acaba todo su derecho, por no poder ser heredero siendo esclavo; y asi le absorbe. (1) O quando la una es universal v. g. la peticion de herencia, y la otra particular, v. g. de una alhaja de esta. O una es de cosa principal v. g. sobre el dominio de la cosa; y la otra acesoria, v. g. sobre sus frutos, y servidumbres. O una civil de una cosa, y la otra criminal de otra; y en otros casos que trahe el derecho, (2) y explicaré en los numeros 213. y 214. de este capitulo.

74 Pero si se ponen muchas acciones, que miran à diversos fines, y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben cumular; v. g. quando uno pretende ciento por razon de venta, y otros ciento por la de mutuo. Lo qual se entiende, no habiendo mayoría entre ellas, v. g. si la una es civil, y la otra criminal: en cuyo caso como que ésta es mayor, (pues aunque la injuria sea privada, comete delito el injuriante, y se interesa el bien, y tranquilidad pública en su castigo, por estár prohibido à todos el ofender, è injuriar à otro) se ha de proseguir, y concluir, y hasta su decision suspenderse la civil, como lo dispone la ley ultima *Cod. de Ordin. judicior.* cuyo contexto es: *Quoniam civili disceptatione intermisa, sæpe fit,*

(1) Ley Si quis libertatem 7. ff. ley Liber 8 y ley ultim. Cod. de Petition. hæreditat. y ley 3. §. Cum extaret, ff. de Carbonian. edict.

(2) Ley Præses 8. Cod. ad leg. Fabiam de plagiar ley Fundum 16. ley Fundi 18. y ley Rei majoris 21. ff. de Exception. ley 5. tit. 10. Partid. 3. ley Ut debitum 5. Cod. de Hæreditar. action. ley Si de vi 37. ff. de Judic. y ley 1. Cod. de Appellation. cap. 1. de Ordin. cognition. & ibi glos. 1. y §. Præjudiciales, Institut. de Action.

fit, ut prius de crimine judicetur, quod (ut pote majus) merito minori præfertur, ex quo criminalis quæstio quocumque modo cessaverit, oportet civilem causam volut ex integro in judicium deductam distingui, ut finis criminalis negotii ex eo die, quo fuerit lata sententia, initium civili quæstioni tribuat.

75 Lo mismo procede siendo diversas en numero, y especie, como las de commodato, deposito, y locacion: ò solamente en numero, v. g. quando uno es heredero, y participe con otro en muchas herencias, y tienen varias compañias, y depositos, pues en el caso primero se cumularán en diversos libelos, y en el segundo en uno, y asi será una conclusion, juicio, y sentencia. (1) Previniendo que en el de no haber lugar la cumulacion, debe el reo oponer esta excepcion, pues no oponiendola, valdrá, à menos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso aun sin oponerla no se deben cumular, porque por la eleccion de la una queda suprimida *ipso jure* la otra. (2)

76 El actor puede demandar civilmente à muchos en un libelo por una misma cosa, ò hecho, ò por varios. (3) Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos; mas no por uno solo; (4) ni tampoco contra dos, ò mas personas, sino que sea por su propia injuria, ò de los suyos; (5) pero por un delito puede acusar en un libelo à muchos complices. (6)

77 Al tercero, debo sentar por regla general que quando por un hecho ò delito competen al actor las dos acciones civil, y criminal contra el reo, v. g. por hurto, mala versacion, y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principal, y simul-

(1) Ley Hæres, §. Si Fratres, ff. Familiæ erciscund.

(2) Ley 1. ff. de Furt.

(3) Ley Ab ea parte, ff. de Probat. Bald. in leg. Edita, Cod. de Edendo n. 46.

(4) Arg. leg. Qui de crimine, ff. de Accusation.

(5) Ley 2. tit. 1. Partid. 7. & ibi Sr. Greg. Lop. glos. 10.

(6) Bart. in leg. Hos accusare, §. Lege Julia, ff. ad leg. Julam de adulter. & in leg. Minoribus, n. 2. Cod. de His, quibus ut indignis.

multaneamente de ambas. (1)

78 Lo qual se amplia, y entiende, lo primero quando la una es prejudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra. Lo segundo quando del mismo hecho resultan varias acciones criminales. Y lo tercero quando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues mientras no se concluye, no puede instaurar el criminal. (2) De suerte que hasta que se termine el juicio de la accion que incoó, ò eligió, y propuso, ya sea civil, ò criminal, y se execute la condenacion, no puede intentar la otra; pero despues sí. (3)

79 Se limita lo expuesto en caso que haya usado principalmente de la criminal, pues en el propio libelo puede instaurar por un *Otrosí*, ò por incidencia la civil, con tal que para ello implore el oficio del Juez, y no de otra suerte. (4) Pero si intentó principalmente la civil, no puede intentar por conseqüencia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservandose à este efecto usar de ella à su tiempo, que es despues de sentenciada la civil. (5)

80 Al quarto digo, que se entiende, y conceptua *incoada*, *ò elegida expresamente la accion civil*, quando el actor la dedujo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo à la restitucion de los intereses, daños, y cosa hurtada, ò su importe. *Ó tacitamente* quando en el primer pedimento, y demás subsiguientes, en que solicita

(1) Ley 2. §. Hoc edicto, ff. Vi bonor. ley Interdum, cit. ley Ex morte, & ibi glos. Cod. ad leg. Aquil. ley ultim. Cod. ad leg. Cornel. de fals. ley 1. Cod. ad leg. Fabiam de plagiar. y ley unica. Cod. Quando civilis actio criminal. præjudic. Farinac. quæst. 100. cit. capit. 3. n. 123.

(2) Farinac. ibi n. 128. y sig.

(3) Ley Damus licentiam 23. ff. ad leg. Cornel. ley 1. Cod. ad leg. Fab. ley Quoniam civili, Cod. de Ordin. judicior. y dicha ley unic. Cod. Quando civilis actio.

(4) Ley Interdum 56. §. 1. ff. de Furt. y ley 18. & ibi glos. 2. tit. 14. Partid. 7. Farinac. ibi n. 152. limit. 7.

(5) Menoch. de Retinend. possession. remed. 3. n 555 vers. *Ego existimo*: Angel. ibi n. 7. Bald. in leg. 1. n. 3. y 4. Cod. de Edendo, & ibi Decio n. 66. al fin, y Curt. Junior n. 128. Marant. part. 4. distinct. 1. n. 20. y sig Farinac. ibi, Jul Clar. quæst. 3 § final. n. 2. vers. Et hæc quidem conclusio.

ta que el reo, ò testigos declaren al tenor de varios particulares, ò que se practiquen otras diligencias para en su vista deducirla; especifica, y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

81 Y se dice incoada la *accion criminal* quando en los referidos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo: pues como en los juicios se debe proceder con lisura, ingenuidad, y verdad, aunque estas diligencias no son mas que actos preparatorios, se evidencia de los pedimentos en que se pretenden, la intencion del actor, y eleccion de la accion, y asi no obstante que despues se retrate de qualesquiera palabras, que aludan à declararla, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la elegida, ò incoada: lo qual he visto declarado por la sala de Alcaldes de esta Corte confirmando el auto de otro, en que habia mandado repeler la demanda criminal de los autos subscitados sobre extravío de caudales, y reservarla en el oficio para su tiempo; y al actor que usase de la que segun el estado de la causa correspondia.

82 Pero si en los pedimentos preparatorios protexta (evaquadas que sean las previas diligencias pedidas) usar de las acciones civil, y criminal que le competen, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede intentarla; y no resultando en bastante forma, debe usar de la civil; y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ò hacerlo el Juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno, no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, real, y verdaderamente haberse cometido, segun dice el derecho; (1) por eso debe usar primero de la accion civil, y luego proceder, y pedir con arreglo à la sentencia que en ella se profiera.

83 Al quinto, si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil, y decidir antes

(1) Ley 1. §. Item illud: y ley Necessario, §. 1. ff. ad Sillan. y ley Inde Neratius, §. fin. ff. ad leg. Aquil.

tes la criminal, asi por ser ésta prejudicial, como mayor que aquella. (1) Lo qual se entiende quando es prejudicial à la civil, ò la absorbe, ò son compatibles, ò es exclusiva de la accion del actor: (2) y decidida la criminal prejudicial por la absolucion, puede procederse en la civil; mas no, si es por condenacion, porque entonces perjudica la sentencia à la civil. Pero si la criminal no es prejudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce excepcion de cosa juzgada en la civil; entonces ya se difina por absolucion, ò por condenacion, puede instaurar la civil, decidida que sea la criminal. (3)

84 Lo propio milita en la civil, si es prejudicial à la criminal; pues aunque ésta es mayor, tiene mas vigor el prejuicio, y presta impedimento mas fuerte, que la mayoría; v. g. me acusas de adulterio, y digo que eres mi esclavo: primero se ha de conocer, y determinar acerca de la libertad, pues siendo mi siervo, no puedes acusarme. (4)

85 Es tan constante lo expuesto, que asi como el acusado criminalmente mientras se trata de su criminalidad, y hasta que se decida, no puede convenir, ni reconvenir civilmente à su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio criminal, porque se interesa la vindita pública en que no queden impunes los delitos: (5) asi tampoco este puede convenir civilmente al acusado, aunque

(1) Ley Quoniam civili, cit. ley Adulterii 33. Cod. ad leg. Jul. de adulter. ley Per minorem 54. y ley Qui prior 29. ff. de Judic. & ibi Paul. de Castr. & DD.

(2) Cin. in leg. 1. n. 15. vers. Præterea quotiescumque: & n. 17. Cod. Qui accusar. non pos. Angel. in leg. Qui prior cit. n. 2. Anchar. consil. 62. n. 1. Cravet. consil. 280. n. 1. y 2. Nata consil. 138. n. 1. y 24. vers. Reddetur etiam: tom. 1. Farinac. quæst. 100. y cap. 2. dichos, ex n. 60.

(3) Carleval de Judic. tit. 2. disp. 6. n. 44.

(4) Ley 1. Cod. de Appellat. ley Quoniam Alexandrum 26 Cod. ad leg. Jul. de adulter. y ley Præses 8. Cod ad leg. Fab. de plagiar. glos. in leg. ultim. Cod. de Ordin. judicior. verb. Sæpè: Farinac. dicha quæst. 100. n. 61. al 64 Gratian. discept. forens. cap. 394. n. 25. al 27.

(5) Ley Si ita vulneratus 32. §. Æstimatio, vers. Quod si quis, ff. ad leg. Aquil. y ley ultim. Cod. de Assessor. & domest. §. Nec sit concessum.

que las causas sean omnimodamente separadas: lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas: y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad. (1)

86 Lo qual limitan los Autores, lo primero quando importa al reconvenido que se sobresea; y no de otra forma. Lo segundo quando la criminal es prejudicial; mas no quando no lo es, y antes bien son compatibles, pues entonces en ambas se ha de proceder, para abreviar los pleitos; pero primero se ha de expedir la criminal. Lo tercero quando ésta se pone con dolo, y malicia clara, y no presunta, y con solo el fin de que se suspenda la civil. Y lo quarto quando el acusador por su culpa, ò negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor, que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que camina con malicia por calumniarle; mas no al contrario, quando no tubo culpa.

87 Sobre quando se puede decir que fue demasiado neglige te el acusador, hay variedad de dictamenes por falta de decision legal. Unos dicen que se debe graduar de tal, si aguardó à deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil. Otros si hasta la conclusion de ésta. Pero otros afirman que despues de proferida la sentencia se puede proponer, y el efecto será de que se difiera su execucion hasta que se juzgue la criminalidad; v. g. quando toda la fuerza, y prueba del actor consiste en testigos, ò instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar: pues entonces si por falsedad se revoca segun derecho la sentencia; (2) con superior razon se debe diferir su execucion hasta que se determine sobre la falsedad; (3) por ser mejor evitar el daño antes que suceda, que tener que buscar el remedio despues de sucedido. (4)

Se

(1) Ley Per minorem, cit. y ley ultim. Cod de Ordin. judicior.

(2) Leyes 1. y 3. Cod. Si ex fals. instrum. y leyes 15. tit. 11.: 116. tit. 18.: 13. y 19. tit. 22. y 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

(3) Ley Judicati 4. Cod. Si ex fals.

(4) Ley 1. Cod. Quando liceat unicuique sine judic. se vindicare. y ley ultim. Cod. In quibus causis in integrum restitut.

88 Se puede concordar este discrimen de pareceres, entendiendose quando la falsedad que se opone despues de la conclusion, ò sentencia, consta evidentemente, ò aparece por indicios muy claros, è indubitables presuntas segun derecho; (1) ò se puede probar incontinenti: en cuyos casos no se verifica malicia, por lo que se ha de sobreseer en la causa primera, ya sea civil, ò criminal.

89 Se limita lo quinto, quando se propone la acusacion no solo contra los testigos, ò Escribano que hizo el instrumento, sino contra el que los produce; mas no, quando no se propone contra éste: bien que algunos sientan que de qualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil, y retardar su execucion segun un texto; (2) lo uno porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es prejudicial à la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella, obsta à la que se ha de proferir en ésta; y lo otro por razon de la mayoría, y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder à la civil; (3) y este dictamen es mas equitativo, y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal, pues podia ser de tal naturaleza ésta, que en ella recayese pena capital, ù otra aflictiva, y sería en grado supremo iniquo, y duro, que por no esperarse un poco de tiempo en la inquisicion de la falsedad, se irrogase tan gravisimo, é irreparable daño al acusado.

90 Y para entablar esta criminalidad contra la parte, y testigos, ò instrumentos, lo que se debe hacer previamente, es: preguntar al adversario si quiere usar, y aprovecharse de los testigos, y escrituras que produxo; y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Cuya pregunta sirve para que no pueda arrepentirse, si vé antes la acusacion, por no incidir en la pena de falsario; y no debe resistirse, ni escusarse à dar respuesta cathegorica. (4) Pe-

(1) Ley Qui sententiam, 16. al fin, Cod. de Pœnis.
(2) Ley ultim. Cod. Si ex fals.
(3) Ley Adulterii 33. Cod. ad leg. Jul. de adulter. y ley ultim. Cod. de Ordin. judicior.
(4) Marant. part. 6. act. duodecim. de processus publicat. n. 3.

Pero si aun probada la falsedad de los testigos, ò instrumentos producidos, tubiese el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer la causa principal.

91 Lo sexto se limita, quando se intenta la criminalidad por el reo demandado; mas no, si es por un tercero, v. g. el Fisco, ò el Juez de oficio; pues en este caso no sesuspende la principal causa civil, ni ésta à la criminal, si tambien es principal: y la razon legal es, porque lo que unos hacen, no perjudica, ni debe dañar à otros. (1) Lo septimo en las causas civiles de posesion, aunque el crimen se oponga por via de excepcion, porque el posesorio es sumario, y la criminalidad exige mayor conocimiento de causa. (2)

92 Y lo octavo se limita lo expuesto en el numero 85. quando la principal causa civil se puso ante el superior, y la criminal ante el inferior, ò ambas ante dos Jueces iguales en jurisdicion, porque el igual no puede inhibir à otro igual por falta de dominio sobre él, (3) y mucho menos el inferior al superior. (4) Pero el Juez de la causa criminal puede inhibir al litigante de la civil, prohibiendole que la prosiga hasta que aquella se difina. Sobre todo lo qual vease à *Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 6. ex num. 16. hasta el 43. à Farinac. Prax. crim. quæst. 100. tom. y cap. 3. desde el num. 123. hasta el fin, y à los que citan.*

93 Pero si el actor propone su accion, y el reo su acusacion, no principalmente acriminandole, sino por incidencia, ò via de excepcion para elidir su accion, v. g. pide el actor la herencia, ò cosa donada en virtud de testamento, ò donacion; y el reo para enervar esta pretension, excepciona la falsedad de estos documentos. En este caso no se suspende la causa civil, antes bien se debe proce-

(1) Ley 63. ff. de re judicat.
(2) Ley 1. Cod. de Appellation.
(3) Ley Ille, à quò 13. §. Tempestivum, ff. ad Trebellian.
cap. Innotuit, 20. de election.
(4) Ley Minor. autem 10. al princip. ff. de Minorib. cap. Cum inferior 16. de minorib. & obed.

ceder en ella, examinar en su progreso esta excepcion como peremptoria, y determinarla en la sentencia segun el merito justificado; lo qual se prueba de la ley 3. *Cod. de Ordin. judicior.* cuyo contexto es: *Cum civili disceptationi principaliter mota quæstio criminalis inciderit, vel crimine prius instituto civilis causa adjungitur, potest judex eodem tempore utramque quæstionem sua sententia dirimere.*

94 Al sexto si ambas acciones, ò causas de actor, y reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en esta, y ventilarse, y resolverse aquella, y hasta que esté decidida no se ha de tratar de lo primera, por razon de la mayoría: (1) pues quando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision.

95 Lo qual se entiende, à excepcion de que sea por la injuria hecha à él, ò à sus parientes, que entonces se ha de conocer de ambos segun lo ordena la ley 4. tit. 10. Partid. 3. en su segunda parte ibi: *Mas si las demandas que face la una parte à la otra, fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo, ò de haber; la que fuere mayor, debe primero ser oida, è librada ante que comiencen la menor à oirla. Fueras ende si el que face la menor, acusase à la otra parte en razon de mal, ò de tuerto que fuese fecho à él, ò à los suyos: cà estonce deben ser tales acusamientos oidos, è librados en uno.*

96 Y si dos actores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno, ò mas Jueces, el uno por delito grave, y el otro por leve, se ha de tratar primero de éste, que de aquel; (2) y la razon es, porque si se tratase primero del delito mayor, sucedería que el acusador del menor se quedaría sin la condigna satisfacion de su injuria, y el reo sin el castigo à ella competente, y se procedería

(1) Ley ultim. Cod. de Ordin. judicior. ibi: *Quod utpote majus merito minori præfertur*: ley Per minorem 54. ff. de Judic. ibi: *Major enim quæstio minorem causam ad se trahit.* y ley 1. Cod. Qui accusar. non poss.

(2) Ley Si cui 7. §. Cum sacrilegium, ff. de Accusation. Carleval tit. 2. disp. 6. n. 12.

ría contra lo que ordena la ley 2. *ff. de Privat. delict.* ibi: *Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut illius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam.*

97 Al septimo digo que en las demandas se acostumbra poner esta clausula: *Sobre lo qual le pongo formal demanda con protexta de ampiarla, corregirla, y moderarla siempre, y quando à mi parte convenga &c.* cuya clausula es muy util para los efectos que menciona; pero se advierte al actor que sin embargo de ella, una vez contestado el pleito no puede apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa substancial, de modo que mude la accion à otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia, è interpelacion, (1) porque quasi contrahe con el reo, y sin su consentimiento no se le permite. (2)

98 Mas si la mutacion, ò enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas excepciones, y defensas, sino que antes bien se dirige à declarar la accion, ò à moderarla, ò ampliarla, ò la cantidad pretendida en ella por las mismas causas, y razones, pueden en virtud de dicha clausula, y no sin ella, asi el demandante como su heredero, ò cesonario hacerlo en la respuesta, ò réplica al pedimento de contestacion del reo; (3) y el Juez debe sentenciar atendida la verdad, sin pararse en las sutilezas de derecho: (4) y tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria. Lo qual es cor-

(1) Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 9. n. 28. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. num. 22. Parej. de Edition. tit. 6. resolut. 5. n. 45. Fontanel. decis. 127. Salced. in Theatr. honor. glos. 17.

(2) Ley Ubi autem 31. ff. de Judic. Authent. Qui semel, Cod. Quomodo, & quando judex. ley Si quis rem 30. ff. de Recept. arbitr. y ley Si Prætor 75. ff. de Judic.

(3) Matienz. en la ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. glos. 5. num. 4. Cancer. part. 3. Var. cap. 10. n. 29. Leon decis. 42. y 198. Fontanel. decis. 128. Barbos. in cap. 1. de Libeli oblation. Sesè tom. 3. decis. 257.

(4) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

corriente, y he visto practicar, y practiqué en pleitos que seguí en esta Corte, porque esto no muda la accion.

99 Al octavo, si dos demandan à uno por una misma cosa, ò por mas, está obligado el demandado à responder al que primero le demandó, y despues al otro; y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, à menos que le dé caucion, y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Y si ambos ocurrieren à un tiempo à poner su demanda, puede elegir el Juez al que entienda tener mejor derecho, y mandar al reo que le conteste, y despues al otro. Pero si la demanda fuere sobre deuda, ò contrato celebrado con ambos en diversos tiempos, debe responder à aquel con quien primero contrajo. (1)

100 Y al noveno, y ultimo punto, digo que si ocurre duda en las palabras de la demanda antes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, y no de otra suerte. Asi lo dice la ley 3. tit. 33. Partid. 7. ibi: *Acaesciendo dubda sobre las palabras que el demandador oviese puesto en su demanda en el tiempo que comienza el pleito con el demandado, deben ser entendidas aquellas palabras, asi como el demandador las entiende, è non de otra guisa.* Lo que se practica, es; que si la demanda está obscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, y se defiere à ello, y hasta que la aclara, no la contesta, ni corre el termino de contestarla.

101 En todas las demandas se ponen regularmente las siete clausulas siguientes: 1. *ante V.m. como mas haya lugar, ò mejor proceda en derecho parezco, y digo*: 2. *pongo demanda à Fulano sobre tal cosa*: 3. *y aunque varias veces le requerí extrajudicialmente me pagase, ò hiciese tal cosa, no lo pude conseguir*: 4. *A V.m. suplico se sirva condenar à dicho Fulano à que me dé, ò pague tal cosa,* ò lo que sea: 5. *pues asi es, justicia que pido*: 6. *à cuyo fin imploro el noble oficio de V.m.*: 7. *Y juro lo necesario.*

102 Estas clausulas generales son muy utiles, aunque no

(1) Ley 6. tit. 10. Partid. 3. ley 15, à quò, ff. de Reivindicatione. y ley penult. ff. de Petition. hæreditat.

no todas necesarias, porque una ley recopilada (1) manda que valga el juicio, no obstante que falten las solemnidades legales, à menos que las partes declarandolas especificamente, pidan que se observen. La primera, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto, y otro incierto; ò se duda (como algunas veces sucede) del competente; ò el libelo es inepto, ò dudoso, vale en la forma que por derecho puede, y se ha de interpretar, y declarar del modo que sea mas util al actor. (2) La segunda es precisa, ya sea al principio, ò fin del libelo, porque en éste se deben expresar los nombres del actor, reo, y cosa que se pretende, y siendo inepto, puede el Juez repelerle. (3) Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes, y autores, porque está prohibido esto à los Abogados pena de 600. maravedis: (4) bien que se puede contar el hecho nudo en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion, y sobre ello poner la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas antes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido, è interpelado extrajudicialmente; pero por sola esta razon no se le condena en ellas. La quarta es necesaria (como que es la conclusion, y deduccion de la accion, y derecho del actor) para que si éste no prueba todo lo que sienta en su libelo, profiera el Juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo, y absolver al reo en lo demás, y valdrá; (5) pero no le relevará de hacer prueba. Y tambien para que la sentencia se arregle à la conclusion, en caso que en ella pretenda una cosa, y en el ingreso de la demanda refiera otra. La quinta no solo es util, sino necesaria, y substancial, porque suple mu-

(1) Dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(2) Jason in §. Omnium, n. 150. de action. Butr. in cap. Examinata, de judic. Doctor. in cap. Significantibus, de libelli oblation.

(3) Ley 40. tit. 2. Partid. 3. ley Inter litigantes, ff. de Judic. ley Ampliorem, §. In refutatoriis, Cod. de Appellation. y cap. Forus, de verbor. signification.

(4) Ley 4. tit. 16. lib. 2. Recop.

(5) Ley 43. tit. 2. y ley 1. titul. 14. Partid. 3. y §. Sed hæc quidem, Institut. de Action.

muchos defectos de la demanda, y asi no debe omitirse; (1) pues por el hecho de *pedir justicia* es visto que el que la pide, quiere arreglarse, y conformarse en todo con lo que dispone el derecho. La sexta se pone porque el oficio del Juez como noble y mercenario, si se implora, sucede en lugar de accion, y sirve à la propuesta; y para mandar pagar las costas, y otras cosas accesorias: (2) pero no implorandose, no podrá surtir efecto, porque no debe interponer de oficio su autoridad à la utilidad privada. (3) Y la septima es necesaria en las causas civiles arduas, y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones à las execuciones, y en otros casos semejantes; (4) y si se omite, y el adversario opone este defecto, no valdrá el juicio, (5) pues con el juramento se concluye la presuncion de que la demanda es maliciosa.

103 El juramento que se hace en las demandas, y sus contestaciones, se llama de *calumnia*, *ò credulidad*; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleitos, y de sus nombres, y efectos, los explicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tacita*, *ò expresa del nombre de Dios*, *como verdad primera*, *è infalible*. (6) Es de tres maneras: *asertorio*, *promisorio*, *y confirmatorio*. Se llama, y es *asertorio* aquel, con el qual

(1) Cap. 2. de Ordin. cognition. Jason in dict. §. Omnium, n. 147. Socin. in leg. Certi conditio, §. Si numos, ff. Si cert. petat.

(2) Glos. in cap. Præterea, verb. Satisfieri, Institut. de action. ley Quod si minor, §. Restitutio, ff. de Minorib. ley Quintus, ff. de Admend. legat. ley Qui restituere, ff. de Reivindication. ley Qui per collusionem, §. fin. ff. de Action. empti. ley 4. Cod. Depositi, y ley Cum fundus, ff. Si certum petat.

(3) Ley 4 §. Hoc autem judicium 8. ff. de Damn. infect.

(4) Ley 23. tit. 11. Partid. 3. ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. ley 2. §. Sed quia veremur, Cod. de Jurejurand. propter calumn. y cap. fin de juram. calumn.

(5) Ley de Pupilo, §. Qui opus, & ibi Bart. columna. fin. ff. de Novi oper. nuntiation. ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop y cap. 1. de Juram. calumn. in 6. §. 1.

(6) Ley 1. tit. 11. Partid. 3. cap. Et si Christus, de jurejurand. Math cap. 5. Div. Thom. 2. 2. quæst. 89. & in tertia sententia, distinct. 39. Scotus in 3. distinct. 39. quæst. unic.

qual se afirma, ò niega simplemente alguna cosa, sin intervenir promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion, y observancia de algun pacto, ò promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar, ò dar vigor à algun contrato, ò acto licito, que no se opone al derecho natural, y buenas costumbres, ni inmediatamente à la utilidad pública, ni cede en perjuicio de tercero, ni en dispendio de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de éstas, no se corrobora con el juramento. (1) Omito explicar otras divisiones, à saber: *simple*, *solemne*, *contestativo*, *comminatorio*, *y execrativo*, *ò execratorio*; los quatro modos como pueden hacerse, que son con la mente, señales, palabras, y hecho, y otras cosas, por ser todas concernientes à la Theologia Moral, y paso à tratar del juramento asertorio, que se hace en juicio, que es la materia de mi asunto,

104 El juramento asertorio judicial es de tres clases, que son: de *calumnia*, de *malicia*, y de *decir verdad*. El de *calumnia*, *ò credulidad* es el que deben hacer actor, y reo al principio del pleito, ò despues en todas las causas civiles, criminales, y mixtas, eclesiasticas, y profanas; ya sea en primera, ò segunda instancia, ò se proceda sumariamente, y de plano, sin estrepito, ni figura de juicio, ò plenariamente, observando el orden, y solemnidades legales. En las civiles afirmando el actor, que mueve el pleito, porque cree tiene justicia, y que asi lo proseguirá de buena fé, sin diferirlo, cometer fraude, molestar, ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa, ni intenta acriminar falsamente. Y el reo, que las excepciones de que usa, y defensas que hace, son en los mismos terminos, y que de ellas usará igualmente en el discurso del pleito.

105 Ha de mandar el Juez hacer este juramento à ambos litigantes despues de contestado el pleito, siempre que

(1) Authent. Sacramenta puber. Cod. Si adversus venditiom. cap. Cum contingat, de jurejurand. cap. Quamvis pactum, de pact. in 6. cap. Si diligenti, de foro competent. cap. Non est obligatorium, de regul. jur. in 6. y ley Jus publicum, ff. de Pact.

que lo pidan uno al otro expresamente, por ser de substancia del juicio en este caso. (1) Previniendo, que si uno lo pide dos veces al otro, y no quiere hacerlo, habiendoselo mandado el Juez, y éste sentencia sin embargo la causa; à mas de ser nulo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo Juez. Y lo propio milita en otras cosas de substancia del juicio, quando la parte declarandolas, pide que la otra las guarde, y no quiere aunque se le mande. (2)

106 Pero si no lo piden, no se anula por su defecto el proceso; y asi rara vez se pide, ni hace con la especialidad referida, y se estima, y entiende hecho con aquellas palabras: *Juro lo necesario, &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los Letrados usan de éste en lugar de aquel; y à la verdad ambos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la utilidad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad, pues parece que mas juran cometer calumnia, y proceder de malicia, que evitarlas, como lo estamos viendo en los actuales, y de los de su tiempo lo dixo *Maranta* en su *Speculum aureum part. 6. tit. de Juram. calumn. n.* 11. y de esta suerte no habria tantos perjuros, de que ningun caso se hace.

107 Deben hacer los litigantes, y recibirse este juramento sobre cinco particulares. El primero, que creen tener justicia, ò buena causa. El segundo, que quantas veces sean preguntados, dirán ingenua, y sencillamente la verdad. El tercero, que no usarán de falsas pruebas, ni excepciones fraudulentas. El quarto, que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante. Y el quinto, que à nadie han dado, ni prometido, darán, ni prometerán cosa alguna por lograr el buen éxito de aquel negocio, sino à aquellas personas, à quienes, y lo que las leyes

(1) Ley final tit. 10. y ley 23. tit. 11. Partid. 3. ley 2. Cod. de Jurejurand. propter calumn. y ley 1 §. 1. ff. ad Senatusconsult. Turpilian. cap. Sæpè, de Verbor. significat. cap. 1. §. 1. y cap. Cæterum, de Juram. calumn. lib. 6.

(2) Ley 10. al fin tit. 17. lib. 4. Recop.

yes permiten dar: (1) cuyos cinco particulares comprenden los siguientes versos:

Illud juretur quod lis sibi justa videtur:
Et si quæretur verum, non inficietur.
Nihil promittetur, nec falsa probatio detur.
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

108 Tambien pueden hacer este juramento los apoderados, Procuradores, y defensores de los litigantes en su anima, y en las de estos, con tal que para hacerlo tengan su poder especial, y no de otra suerte. Lo qual se entiende, ya sean Procuradores de persona particular, ò de Concejo, Villa, Ciudad, Obispo, Prelado, Convento, ò Maestre de alguna Orden, si ellos principiaron el pleito, pues si no, deben hacerlo sus principales. Lo mismo procede para con los tutores de menores, y administradores de Iglesias, Hospitales, Universidades, y para con otras personas que con legitima autoridad administran bienes agenos, quando tubieren que demandar, ò contestar en juicio por ellos; previniendo, que si el menor es de clara discrecion, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleito, y principió éste con otorgamiento de su tutor, debe hacer por sí mismo el juramento. (2)

109 El juramento de *malicia* (que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones, y en otros pedimentos que se dan en el discurso del pleito) es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos articulos, ò excepciones antes, ò despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la excepcion, ò pide la dilacion. (3)

110 Se diferencian estos dos juramentos: lo primero, en que el de malicia se puede pedir antes, y despues de con-

(1) Ley final tit. 10. y ley 23. tit. 11. Partid. 3.

(2) Ley 24. tit. 11. Partid. 3. ley 2. § Quod observari, Cod. de Jurejurand. propter calumn. y cap. final. de Procurator. in 6. Sr. Greg Lop. en dicha ley 23. glos 9.

(3) Ley 23. tit. 11. Partid. 3. verb. La quinta: Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 7. arg. cap. Pastoralis 4. de exception. y cap. Ultra tertiam 55. de testib.

contestado el pleito; y el de calumnia solo despues. Lo segundo, el de malicia se puede pedir tantas quantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna excepcion, ò pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir, y hacer por una persona en una instancia, y sobre toda ella. Y lo tercero, en que éste se pide, y hace sobre toda la causa, ò negocio que se controvierte; y aquel sobre excepciones, ò articulos particulares, y dilaciones. (1)

111 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes quando juran *posiciones*, ò antes de la contestacion en los casos prescriptos por derecho, sino los testigos, y perítos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben, y no sobre lo que creen; à diferencia del juramento de *calumnia* que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta; por cuya razon, el que jura decir verdad, no está obligado, ni debe responder, ni afirmar sino lo que real, y verdaderamente vió, oyó, conoció, y percibió por los sentidos corporeos, y por lo mismo los testigos deben expresar el motivo por que saben lo que deponen, si es por haberlo visto, ù oído, quándo, à quién, cómo, y en dónde, con toda individualidad: y no declarando de esta forma, siendo preguntados, no hacen fé, ni prueba en la legal censura sus deposiciones, por consistir, y afianzarse la virtud de éstas en la razon que dán de su dicho: (2) y los perítos por lo que vén, entienden, y observan en la materia litigiosa que reconocen, están obligados à decir verdad, con expresion del motivo por que lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de credulidad, como sentè en el cap. 1. n. 71. lib. 1. de esta segunda parte.

Se

(1) Authent. De iis, qui ingrediuntur ad appelland. §. final. collat. 5. Authent. In isto juramento, Cod. de Jurejurand propter calumn. y Authent. Hoc Sacramentum, Cod. de Juram. calumn. cap. Etsi Christus 26. de Jurejurand. cap. 2. de Probation. y cap. In appellationis causa, de juram. calumn. in 6. §. In omnibus autem causis.

(2) Cap. Testes 15. caus. 3. quæst. 9. y leyes 26. 28. y 29. titul. 16. Partid. 3.

112 Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio litis*, y *decisorio in litem*: el primero es aquel, por el qual se decide la controversia, y negocio principal; y es de tres maneras: *voluntario*, ò convencional: *necesario*, ò supletorio: y *judicial*. El voluntario es el que defiere una parte à la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda, sin que lo presencie el Juez; y se le da este nombre porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere, el hacerlo ò no, ò pedir que la otra lo haga, pues si no quiere, no está obligada à ello. Pero si entre las dos se pacta que lo ha de hacer, no puede escusarse, ni pretender que la otra lo haga, y jurando, se debe estár à lo que jure, porque en este caso produce al actor accion *in factum*, ò *ex contractu*, si del mismo contrato se jurare, y al reo, y sus succesores si lo hiciere, produce *excepcion* contra la pretension del actor: y lo mismo à sus fiadores. (1)

113 El juramento *necesario* es el que el Juez de oficio, ò à pedimento de uno de los contendores manda hacer al otro, à lo que no puede escusarse sin legitima causa aquel, à quién se pide, y manda, ni pretender que el que lo pide lo haga; y si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su adversario hubiera probado plenamente su intencion. A este juramento llaman tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante; y asi solo se manda hacer quando el pleito está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion, y excepcion los litigantes; y se puede mandar hacer aunque sea despues de la conclusion, con tal que antes se haya pedido; (2) pero no deferirlo el Procurador en el adversario de su parte, ò colitigante, à menos que para ello tenga poder especial, ò general con libre, y franca administracion en causa dubia, y no liquida;

(1) Leyes 2. y 8. tit. 11. Partid. 3. ley 8. Cod. de Rebus credit. y leyes 1. 2. 3. 6. 7. 8. 9. 13. 17. y 28. ff. hoc tit.

(2) Ley Admonendi 31. ff. y ley Generaliter, Cod. hoc tit. y dicha ley 2. tit. 11. Partid 3. cap. Sicut 2. de Probation. y cap. fin. hoc tit. Marant. Specul. aur. part. 6. act. 9. tit. de Juram. & quando defertur, num. 2. y 3.

da: ò que sea constituido Procurador actor en su misma causa; y fuera de estos casos ni aprovecha al que jura, ni daña al otro colitigante. (1)

114 Y el juramento *judicial* (que se llama asi por el lugar en que se hace,) es el que à presencia, y con aprobacion del Juez defiere el actor al reo, ò éste à aquel. Este juramento es tambien voluntario, y no necesario, porque está en la libre voluntad de aquel à quien se pide, el hacerlo, ò pretender que el otro lo haga; pero no debe escusarse à una de las dos cosas, y si se escusa, se le tiene por confeso, y cae de su derecho, porque manifiesta con su resistencia la injusticia de su pretension; lo qual se entiende, no teniendo causa justa para resistirlo, v. g. si es preguntado de hecho, que ignora: si probó plenamente su intencion: ò si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado à jurar, ni puede pretender que jure el que pide el juramento. (2)

115 Para el juramento *litis decisorio voluntario* bastan en el que lo hace, las cosas que para jurar qualquier pacto, ò transaccion, de suerte que no tenga prohibicion legal de hacerlo. (3) Para el judicial se requiere à mas de esto que lo apruebe el Juez con previo conocimiento de causa. (4)

116 Pero para el *necesario*, ò *suplitorio* son necesarias copulativamente cinco cosas: la primera, que la parte no tenga prohibicion de jurar, ni de pedir el juramento: que el negocio esté dudoso: y que la prueba no sea plena, y bastante; y la costumbre contraria está reprobada; (5) pues

(1) Ley 4. tit. 5. Partid. 3. ley Præses, Cod. de Transaction. y ley 2. tit. 7. lib. 4. Recop.

(2) Ley 2. tit. 11. Partid. 3. ley Delata 9. Cod. de Rebus credit. ley Jusjurandum 24. §. Ait Prætor. 6. ley Manifeste 38. ff. hoc tit. y ley Marcellus 11. §. 1. ff. de Actionib. rerum amotar. cap. fin. hoc tit. vers. Quamvis, y cap. 2. de Probation.

(3) Leyes 2. y 34. ff. de Jurejurand.

(4) Ley 2. tit. 11. Partid. 3. ley In bonæ fidei: y ley Generaliter, §. Sed juramentum, ff de Reb. credit.

(5) Cap. Sicut 2. de Probation. y ley 3. tit. 11. Partid. 3.

pues si el actor justifica plenamente su accion, y demanda, debe ser condenado el reo, y no admitirse, ni haber lugar el juramento. (1) La segunda, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda excepcion, que dé razon de su dicho, ò por otro medio legal, y verosimil; pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque éste sirve unicamente de semiplena probanza. (2) La tercera, que la parte en quien se defiere, no sea vil, ni sospechosa de perjuro, sino legal, fidedigna, y que tenga ciencia veridica de la causa, y cosa por los sentidos corporales, al modo que el testigo, al qual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero; (3) y que para la delacion esté presente, ò sea citada la parte adversa. (4) La quarta, que la causa civil sea modica, y no magna, pues en las arduas no se defiere, sino que sea sobre algun incidente, ni en las criminales, excepto al reo para purgar su inocencia, (por lo que en éstas se llama juramento *de purgacion* de los indicios que resultan contra él, por los quales no puede ser condenado en difinitiva, y por eso el Juez le hace que jure si cometió el delito,) y para graduarse, de grande, ò pequeña la causa, se mira à la condicion de las personas. Y la quinta, que la probanza semiplena de una parte no se elida, y desvanezca por la de la otra. Y faltando alguna de estas cosas no ha lugar à la delacion. (5)

117 El juramento *in litem* (que es propiamente de decir verdad) es aquel, en el qual por falta de prueba defiere el Juez, pues la parte no puede deferirlo, la estimacion, y valor de la cosa que se disputa en el juicio, ò el daño que à su dueño causó su contendor por dolo, y

(1) Cap. 2. dicho, y cap. In præsenti 8. eod. tit.

(2) Ley Qui accusare, Cod. de Edendo, y cap. Cum ecclesia, fin. de Causa possesion.

(3) Arg. cap. Testes, caus. 35. quæst. 9. y ley Testium, Cod. de Testibus glos. in leg. Bonæ fidei, verb. decidi, ff. de Reb. credit.

(4) Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 11. Partid. 3. glos. 7.

(5) Marant. Dicha part. 6. y act. 9. ex num. 2. al 23. y n. 28.

y no lata culpa, (excepto contra el tutor, pues basta ésta) engaño, ù otro motivo justificado; cuyo juramento debe hacer el actor, ò dueño de la cosa litigiosa, y no el reo, y por el pupilo su tutor, ò curador *ad bona*: bien que si llegó à la pubertad, ha de hacerlo por sí proprio. (1)

118 Para que se defiera à este juramento se requieren seis circunstancias: la primera, dolo del adversario: la segunda, dificultad de probanza à mas del dolo: la tercera, que el que hace el juramento esté cierto de que es verídico lo que jura, y ninguna presuncion tenga contra sí: la quarta, que el Juez defiera à él, y se cite al colitigante para hacerlo: la quinta, que se haga despues de la contestacion, y antes de la conclusion de la causa: y la sexta, que el que lo hace, tenga capacidad para hacerlo, y edad, (pues el menor, loco, siervo, prodigo, y desmemoriado no pueden pedirlo, ni hacerlo, y por ellos lo deben hacer sus tutores: bien que si el contendor les pidiese el juramento, y lo hiciesen à su favor, se debe estár à él, ya sea, ò no verdadero; mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros,) y en otros terminos no ha lugar. (2)

119 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas, à saber: *Aficion*: *interés singular*, y *verdadera estimacion*: *ò interés comun*. Aficion v. g. la que el dueño tiene à la alhaja: pues puede jurar no solo sobre lo que valía intrinsecamente, sino en su estimacion, y aprecio, y sobre el daño que el reo le irrogó por el dolo de habersela substrahido, ò hecho perder, aunque exceda al justo valor que tenia. Pero para que se estime este juramento es menester que concurran copulativamente tres circunstancias: la primera, que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir-

(1) Ley 5. tit. 11. Part. 3. y ley Videamus 4. §. Deferre, ff. de In litem jurand.

(2) Leyes 3. 5. 6. y 7. tit. 11. Partid. 3. Guerreir. de Inventar. lib. 4. cap. 1. num. 72. Gutier. de tutel. part. 2. cap. 1. n. 27. y 28. y cap. 2. Mascard. conclus. 441. num. 13.

tituir la alhaja: la segunda, que la aficion sea à ésta, v. g. à un libro, ù otra, y no al dinero porque éste se paga con otro de igual especie: y la tercera, que su dueño proceda de buena fé, y la regulacion que haga no sea absolutamente arbitraria, sino *stricti juris*, pues ha de hacerla antes el Juez, y luego mandarle que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima, como lo ordena la ley 5. tit. 11. Partid. 3. ibi: *E quando todas estas cosas oviere catadas, debe el juzgador asmar, è apreciar aquellas cosas, ò el daño que oviese venido à la parte por algunas de las razones que de suso diximos, è poner cierta quantía fasta quanto jure, è la parte debe jurar que por tanto non queria haber menos aquella cosa que demandaba, ò que aprecia tanto el daño que recibió por razon de aquel tuerto, è de aquel engaño, quanto el juzgador asmó*, lo qual ignoran muchos, y por no haber visto la ley, hacen lo contrario.

120 De *interés singular* es quando por no haber pagado el reo al actor lo que debia al plazo estipulado, fue condenado éste à instancia de un acrehedor suyo en alguna pena pecuniaria, ò se le vendieron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interés singular, y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y de *verdadera estimacion* es, quando por dolo del reo pierde el actor alguna alhaja: pues puede jurar quanto valía justamente, y el reo debe ser condenado à la solucion de su valor. (1)

121 Resistiendose el tutor acabada la tutela, à dar cuenta de ésta al menor, que ya es mayor, ò à quien su poder tenga; ò à entregarle el inventario de sus bienes, y éstos, y sus titulos, puede el menor hacer contra él el juramento *in litem*, asi de *aficion* como de *interés singular*. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa aunque no interviniese dolo, se le menoscabaron algunos de sus bienes, (lo qual es especial en el tutor;) pero contra sus herederos no ha lugar el juramento referido, y asi solo averiguando el Juez el valor de los bienes, y sus frutos, los debe condenar à la entrega de su importe, haciendo

(1) Ley 5. tit. 11. Partid. 3. Marant. ibi, num. 27.

do primero la regulacion, y que jure luego el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ambos casos. Lo qual se limita quando por engaño, ò culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, pues entonces puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor. (1) Y lo mismo puede practicar, quando éste contestó la demanda antes de morir. (2)

122 Todo juicio, ò pleito civil ordinario se debe incoar por demanda, y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado. Lo qual procede, excepto que el demandante (si omite esta diligencia) no pueda ir por él adelante, ò proseguirlo, pues en este caso puede hacerle las preguntas concernientes à entablar su demanda, como lo expresa la ley 1. tit. 10. Partid. 3. al principio, ibi: *Ciertas preguntas son las que puede facer el demandador sobre la cosa que quiere facer su demanda, ante que el pleito se comienze. E son de tal natura que si el demandador no las ficiese en aquel tiempo, è otrosi el demandado no respondiese à ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleito ciertamente*, y la tercera siguiente, que dice: *Comenzamiento, è raiz de todo pleito sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda, è por respuesta delante del juzgador.*

123 Las preguntas son, v. g. quiere demandarle como heredero de alguno: puede preguntarle si lo es, ò no, y en qué parte de herencia. Al padre por el peculio de su hijo, si éste lo tiene, ò no. Si duda de la edad del reo, que diga si tiene, ò no 25. años, para en caso de no tenerlos, pedir que antes de pasar adelante, se le provea de curador *ad litem*, con quien se substancie el juicio: y asi otras preguntas semejantes segun la naturaleza de la demanda, à las quales debe responder clara, abierta, y cathegoricamente. (3)

Pe-

(1) Ley 6. tit. 11. Partid. 3. ley Alio, Cod. de In litem jurand. y leyes Tutor 8. ff. eod. tit. y tutor, qui, ff. de Administrat. tutor.

(2) Ley penult. Cod. de In litem jurand.

(3) Leyes 1. y 2. tit. 10. Partid. 3.

124 Pero no está obligado à responder, (y lo mismo sucede al actor) quando las preguntas son impertinentes à la causa; ò sobre punto de derecho; ò quando goza de fuero, y no es suyo el Juez que de ella conoce; ò sobre los derechos del actor; ò quando no es preguntado por via *de posicion*, sino *de interrogacion* sobre el negocio principal; ò en su hecho propio se le pregunta del ageno, ya sea civil, ò criminal; ò de lo que consiste en su mero animo no declarado con hechos, ni palabras; ò si tratando de reivindicacion, se le pregunta si posee la alhaja con buena, ò mala fé; y en otros casos semejantes. (1)

125 Tampoco debe principiarse por sequestro, ò embargo de bienes (ni por intervencion, que en el efecto viene à ser lo mismo) sino en los seis casos de la ley, (2) que son: el primero por convenio de los contendores. El segundo, quando la cosa litigiosa es mueble, y el que la tiene, sospechoso, y se presume que haga fuga, ò la deteriore: ò si son frutos de alhaja raiz, que los consuma. Y sobre qual se repute sospechoso queda al arbitrio del Juez, precedida informacion sumaria, ù otra justificacion, y conocimiento de causa, por militar la misma razon que para arraigar. El tercero, quando el condenado difinitivamente à entregar la alhaja, apela de la sentencia, y su contendor recela de él lo que en el segundo caso queda expuesto. El quarto, quando el marido disipa la dote de su muger: en cuyo caso acreditandolo ésta, debe el Juez deferir à su pretension, entregandola su dote, ò à otra persona para que la administre, y le contribuya con sus frutos. El quinto, quando el hijo preterido, ò exheredado injustamente pretende su legitima; pues si su hermano instituido unico heredero se resiste à entregarsela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles, de que el hermano está apoderado. Y el sexto es por razon

(1) Ley 2. tit. 12. Partid. 3. Marant. part. 6. tit. de Interrogat.

(2) Ley 1. titul. 9. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 2. 5. 7. 12. 13. y 14.

zon de la condicion de la persona, v. g. si un siervo obtenida su libertad en juicio, pretende que su señor le entregue los bienes que le retiene, y éste niega que son suyos, pues se deben sequestrar hasta que se declare à quien pertenecen, y depositarse en persona lega, llana, y abonada, la qual ha de tener en su poder el deposito todo el tiempo que parezca al Juez, de cuya orden lo constituyó, ò à las partes, si voluntariamente lo hicieron en ella. (1)

126 No debe principiarse asimismo por informacion de testigos à instancia del actor antes de la contestacion, à menos que de omitir la recepcion de sus dichos, pueda perder su derecho por falta de justificacion; v. g. quando son muy viejos; (que esto lo debe graduar el Juez à su arbitrio) ò están enfermos, y se teme su muerte; ò tienen que hacer larga ausencia del Pueblo; pues en estos casos pueden ser examinados, citando previamente à la parte adversa; y si ésta no se halla en el Pueblo, ò aunque esté en él, si no quiere presenciar à juramentarlos, no ha de dexar por eso de admitirlos, (2) y hará fé su dicho, siendo idoneos, y fidedignos.

127 Pero por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan, y examinen antes de la contestacion, sin embargo de que no intervengan las causas referidas, (3) especialmente despues de tomada la declaracion à la parte adversa que está negativa. Y lo propio milita à instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, lo qual he visto practicar en esta Corte repetidas veces. Tambien se admiten en causas criminales, y de pesquisa, y residencia, y sobre capitulos contra los Jueces, ù otros comisionados del Rey, sin citar à los reos; y en otros casos que trahen las Leyes; (4) pero en este ultimo es me-

(1) Dicha ley 1. al fin, y 2. titul. 9. Partid. 3.

(2) Ley final tit. 10. y ley 2. tit. 16. Partid. 3.

(3) Authent. de Testibus, §. fin. collat. 7. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 2. tit. 16. glos. 1. vers. *Adverte tamen*::

(4) Leyes 3. y 6. tit. 16. Partid. 3. y ley 10. y sig. tit. 7. lib. 3. Recop.

menester que el capitulante firme el memorial de capitulos, y afianze de calumnia ante todas cosas. (1)

128 Igualmente se admiten quando el padre adoptivo prometió algo à su hijo delante testigos: ò el testador mandó à su heredero que diese libertad à su siervo, para hacerlo constar éstos en juicio: (2) y sobre las excepciones dilatorias, v. g. recusaciones de Jueces togados, ò Eclesiasticos para probar las causas de recusacion: pacto de no pedir: pleito acabado sobre lo mismo que se pretende: privilegio obtenido con vicios de obrepcion, y subrepcion &c. citando en estos casos à la otra parte. (3) Y lo mismo milita en otros hasta el numero de 82. que trahe *Mariano Socino in cap. Quoniam frequenter: ut lite non contestata*, los que omito expresar, por no incumbir al Escribano.

§. III.

DE LA CITACION O EMPLAZAMIENTO con la demanda, y de quántas maneras puede hacerse.

129 DE la demanda propuesta por el actor se debe conferir traslado al reo, y hacersele saber, ò citar con ella: para lo qual debo sentar que la citacion, ò emplazamiento se practica, y es de tres maneras, *Verbal*, *real*, y *por escrito*. La verbal *es un juridico llamamiento que el Juez hace al demandado, à fin de que comparezca ante él à defenderse, y cumplir su precepto*, (4) y el principio, raiz, y fundamento substancial del orden del juicio que está introducido por todos de-

(1) Ley 64. tit. 4. lib. 2. Recop. Bobadill. lib. 5. Polit. cap. 2. num. 92. y sig.

(2) Leyes 4. y 5. tit. 16. Partid. 3.

(3) Ley 7. tit. 16. Partid. 3. y el tit. 10. lib. 2. Recop.

(4) Ley 1. al princip. tit. 7. Partid. 3. y ley 3. tit. 3. lib. 4. Recop.

derechos, como indispensable para la defensa del reo; (1) por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Principe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, à menos que el demandado ocurra por sí, ò por su Procurador antes de practicarse, que entonces es superflua: (2) bien que se puede alterar, y variar el modo de hacerla, y quitarse las demás de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia. (3)

130 No solo debe ser citado al principio del pleito el reo, contra quien se instaura la demanda, sino todas las personas, de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio, como lo dice la ley 47. *ff. de Re judicat.* ibi: *De unoquoque negotio præsentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet: aliter enim judicatum tantum inter præsentes tenet.* Y si al principio no se les cita tal vez por ignorarse quiénes son, se puede pretender su citacion en qualquier estado del pleito, y sobre ella formar articulo: y mas quando de omitirse, se puede irrogar perjuicio al que la pretende; y el Juez debe deferir à esta solicitud antes de proceder *ad ulteriora*, y no reservar la determinacion sobre el articulo para difinitiva, y sino lo hace, se puede apelar, como se executorió à mi instancia por la sala de Justicia del Consejo en pleito que seguí, revocando el auto de un señor Ministro de él, por haber reservado para difinitiva la decision sobre que se citase à otra al juicio, segun se habia pretendido por mi parte à conseqüencia de su prueba despues de haber alegado el actor de bien probado.

Pe-

(1) Prœm. del tit. 7 Partid. 3. §. fin. Institut. de Pœn. temere litigant. glos. in Rubr. ff. & Cod. de In jus vocand. Clementin. Sæpe de Verbor. signification. Sr. Covar. Practic. cap. 23 num. 6. Sr. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 13. num. 83.

(2) Ley Post edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo, & quando, Genes. 3. vers. 9. Clementin. 2. de Sentent. & re judicat. cap. 1. de Causa possesion. & proprietat.

(3) Sr. Covar. ibi, Sr. Salg. ubi supr. n. 90 y part. 3. cap. 9. n. 27. Gom. en la ley 76. de Toro, num 8. vers. Pro cujus: Sr. Larrea allegat. 107. num. 8.

131 Pero no es necesario citar à las demás personas, à quienes acesoria, ò secundariamente toca, y puede irrogarse perjuicio; bien que será util para que les perjudique la sentencia; (1) por cuya razon en los pleitos de mayorazgo, basta que se cite à su posehedor: (2) en los de locacion, y commodato si la cosa que se demanda está prestada, ò arrendada, debe citarse al señor, ò deudor, y no al conductor, ni commodatario, à menos que otro se la haya prestado, ò arrendado, que entonces como tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho: (3) en los de jurisdicion entre dos Señores no es necesario citar al Pueblo: (4) ni en el suscitado sobre alhaja dotal à la muger, por ser suficiente que con el marido se substancie, y entienda como administrador legitimo que es, y dueño de sus bienes con dominio revocable; (5) y asi se practica.

132 El citado debe comparecer ante el Juez que le mandó citar, aunque goze de privilegio; en cuyo caso no siendo competente, le ha de manifestar el que tenga: (6) y no pudiendo ser hallado en su casa, se ha de hacer saber en ella la demanda à su muger, hijos, ò criados, si los tubiere, y en su defecto à sus vecinos mas cercanos, para que se lo noticien quando venga. (7) Previniendo que no

(1) Gom. en la ley 40. de Toro, num. 73. Surd. decision. 256. num. 1. Sr. Castill. lib. 6. Controvers. cap. 156. num. 12. Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 17. n. 24.

(2) Mieres de Majorat. part. 4. quæst. 1. num. 160. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 8. Guzm. de Veritat. jur. verit. 4. num. 40. Petr. de Potest. Princip. cap. 32. num. 43.

(3) Sr. Castill. ibi, Gom. en dicha ley, num. 43. y 49 vers. Quarto: y n. 73. Sr. Salg. part. 4. de Retent. cap. 8. num. 112. Vela dissert. 19. num. 4.

(4) Bald. in leg. 1. Cod. de Liberal. caus. Innocent. in cap. Inter quatuor, de Major. & obed. Parlador. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 5. num. 21.

(5) Gom. dicho num. 73. Castill. en la ley 55. de Toro, n. 44. Quesad. Divinar. quæst. cap. 14. num. 22.

(6) Ley 2. tit. 7. Partid. 3. y ley Si quis ex aliena 4. ff. de Judic.

(7) Leyes 1. tit. 7. Partid. 3.: y 1. tit. 19. lib. 4. Recop. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 133. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recopil. num. 97. 119. y 120.

no siendo suyo el Juez, no es menester que comparezca con pedimento ante él, basta que en el acto de la notificacion, exhiba el titulo, ò privilegio de esencion de su jurisdicion al Escribano, el qual ha de poner en ella lo que de él resulte, y debolverselo, à lo que no debe escusarse; y asi se observa en esta Corte.

133 Lo que se practíca en caso de no poder ser hallado, sin embargo de no ser rigorosamente preciso porque las leyes no lo mandan, es, hacer el Escribano tres diligencias en diversos dias, y à horas commodas, en que los hombres segun la costumbre del Pueblo suelen estár en sus casas, no à una misma, y ponerlo por fé cada dia, y la respuesta que le han dado; y en vista de todo acude el actor al Juez con pedimento refiriendo lo acaecido, y pretendiendo mande dexarle cedula, ò memoria por escrito con la expresion competente, y declare en su conseqüencia por hecha la citacion como si fuese en persona, para que le pare el mismo perjuicio, y no alegue ignorancia; à lo qual defiere, mandando que primero se practíque otra diligencia en su busca; con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el Pueblo, como lo previene la ley: y luego lo pone todo por fé, y diligencia el Escribano en los autos con expresion de la persona à quien entregó la cedula, y de las horas en que fue à buscarle; lo qual basta para prueba de la citacion.

134 Haciendo la citacion el Portero mayor del Juez ha de justificarla con un testigo para ser creido; y si es el menor, con dos; pero nada de esto es menester, haciendola el mismo Juez, ò el Escribano, pues deben ser, y son creidos. Y si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el Pueblo, ha de ser llamado por edictos, ò pregones. (1) Lo proprio se ha de practicar, quando las personas à quienes debe citarse, son inciertas, ò aunque ciertas, tantas, que sin dificultad no pueden ser habidas, ò conocidas para hacerles la citacion, (2) y asi se observa. Si

(1) Dicha ley 1. titul. 7. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glossa 6. Carlev. tit. 1. disp. 2. n. 4.

(2) Parlador. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 9. num. 15. 16. y 18.

135 Si el que ha de ser citado es menor, se le debe proveher de curador *ad litem* (yá esté, ò no en el Pueblo) en los terminos explicados en los numeros 23. y 25. con el qual, y no con el menor se han de entender no solo la primera citacion, sino todas las diligencias que ocurran en el juicio (1) hasta su final decision.

136 Y si está domiciliado en territorio de otro Juez, puede el de la causa (suponiendo tiene jurisdicion para conocer de ella por alguna de las razones en el numero 37. expuestas) ir por sí mismo à citarle, ò expedir requisitoria de emplazamiento, à instancia de la parte, ò de oficio, sino la hay, à fin de que mande hacer la citacion: (2) y esto ultimo es lo que se observa entre Jueces inferiores, y no lo primero, sin embargo de la terminante disposicion de la ley recopilada que se cita, y remueve toda duda, como lo advierte *Carlev. de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 27. *al* 29. mas no por los superiores, pues estos citan por medio de sus despachos, y de qualquiera comisionado, como que tienen jurisdicion en todo el Reyno, ò Provincias à cada Tribunal demarcadas, tomando antes el cumplimiento del Juez del Pueblo.

137 Siendo delegado, ò comisionado el Juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el titulo, ò comision que tiene, ò à lo menos dar fé de serlo el Escribano de la comision, porque de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento: lo qual no es necesario, siendo ordinario, por ser notoria su jurisdicion, (3) como que el derecho se la concede.

138 Pero ya sea ordinario, ò delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si lo hay, la demanda, el papel, ò escritura en que se funda, el au-

(1) Ley In causa, §. fin. ff. de Procurator. y leyes 11. y 12. tit. 2. Partid. 3. Otero de Officialib. lib. 3. cap. 8. num. 28.

(2) Ley 7. tit. 3. lib. 4. Recopil. Sr. Solorz. lib. 2. Politic. capit. 28. vers. *Cuyo particular.*

(3) Ley Post edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo & quando. Bobadill. lib. 3. Politic. cap. 7. num. 15. Avendañ. in Dictionar. verb. Almoneda, vers. *Prædicta.*

auto, y los demás documentos concernientes, y justificativos, y tambien la sentencia, segun sea el estado en que se expide; y en las causas criminales contener la prueba del cuerpo de delito, y de que es reo aquel, contra quien se dirige, y legitimo el Juez, para conocer de la causa, à fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como está obligado, (1) pues faltando estos requisitos, puede denegarle el cumplimiento, sin incurrir en pena.

139 La requisitoria, ò despacho de emplazamiento, ù otra qualquiera ha de estár tres dias naturales despues del en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, (para cuya presentacion no es necesario dar pedimento) à efecto de que en ellos pueda el sugeto contra quien viene dirigida, pedir su retencion, si para ello tiene legal fundamento, y pidiendola, se le debe entregar; y si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque à mas de habilitarsele por ella, es visto conferirselo el demandante por el hecho de encargarle la solicitud de su evacuacion; y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el Juez requerido declara haber lugar, ò no à la retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone, y no se debe omitir esta clausula: *que siendo presentadas por qualquiera persona en nombre de Fulano sin pedirle poder, ni otro documento las manden aceptar, y cumplir* &c. pues si se omite, y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero mi dictamen es que se le dé poder, à fin de que llegado el caso de pedir su retencion, no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente, pues las leyes nada tocan sobre este particular; la requisitoria no le autoriza para seguirlo, y sin poder no se le debe estimar parte, ni entregar los autos.

Las

(1) Carlev. tit. 1. disp. 2. numer. 26. y 757. y sig. Sr. Covar. Practic. cap. 10. n. 7. al fin, y cap. 11. num. 8.

140 Las demandas que se instauran contra Concejo, Comunidad, Cabildo, ò Universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber à todos, ò à la mayor parte congregada, segun se acostumbra: no obstante, como es dificil conseguirlo, y entenderse con todos separadamente, si no quieren, ò no pueden congregarse, basta que se notifique à su Procurador, ò Apoderado existente en su Pueblo, ò en el del juicio. Previniendo que sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por el debito, y obligacion de sus respectivos cuerpos, ni al contrario estos por lo que debe cada uno de aquellos. (1)

141 No solo puede hacerse la citacion al Sindico, ò Procurador de Concejo, Universidad, y Cabildo Eclesiastico, ò secular, sino al de qualquiera persona que lo tenga, si comodamente no se la halla: (2) y con él como dueño de la instancia se han de entender, y substanciar despues de contestada la demanda, (y no con su parte, à menos que le revoque el poder,) todos los autos, y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada; mas no en otra instancia, v. g. en grado de apelacion porque ya es diversa: pues en ésta, ò se han de hacer saber à la parte, ò ésta conferir su poder à Procurador de aquel Tribunal, con quien se practíquen, (3) y asi se observa.

142 Si el demandado es vecino del Pueblo en que está el juicio, no debe ser compelido à nombrar Procurador, antes bien puede comparecer en él por sí, y defenderse; (4) aunque hoy como hay Procuradores determinados

(1) Ley 13. tit. 2. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glossa 3. y 4.

(2) Dicha ley 13. y ley 14. sig. y ley. In causa, §. fin. ff. de Procurator. cap. Non solum de Appellation. Otero de Officialib. lib. 3. cap. 8. num. 23. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 1. num. 7.

(3) Ley Nulla dubitatio 23. Cod. de Procurator. Valenzuel. consil. 19. n. 9. Parlador. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 9. n. 29. Ciriac. controvers. 390. Sr. Covar. Pract. cap. 11. num. 2.

(4) Leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop. Marant. tit. de Citation. num. 118. Vela dissert. 39. n. 53. Sr. Solorz. de Jur. indiar. tom. 3. lib. 4. cap. 3. num. 23. & in Polit. lib. 5. cap. dicho, vers. y *en terminos.*

dos en los Tribunales superiores, y en muchos inferiores no se entregan los autos à las partes en donde los hay, sino à ellos para la mayor seguridad, porque à su debolucion son responsables sus oficios, y para la facilidad de apremiarlos à ésta; por lo que es preciso darles poder, sin el qual à nadie se admite en los Consejos Reales.

143 La citacion ya se considere acto judicial, ò extrajudicial, lo es de jurisdicion, porque para mandarla hacer el Juez, ha de tenerla sobre el sujeto como subdito suyo, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles: y asi conociendo del negocio dos, ò mas Jueces, el que previno el juicio por previa, y legitima citacion, ha de proseguir en él como competente; (1) bien que el citado debe comparecer ante todos los que le mandan citar segun la comun práctica, y usar de su derecho, pretendiendo la acumulacion para no ser molestado por diversos Jueces sobre una misma cosa. En las criminales si fuere citado por muchos à un propio tiempo sobre una causa, no incurre en pena, compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdicion, pues entonces debe comparecer ante el mayor, y mas digno: y siendo iguales, y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave. Sobre todo lo qual vease *à Carlev. tit. 1. disp. 2. sect. 3.* y à los que cita, pues trata latisimamente de la prevencion de jurisdicion, y al Escribano poco le importa saberlo.

144 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace, es nula, por estár prohibido en ellos todo juicio. (2) Lo qual se entiende à menos que se interese la utilidad pública, ò privada, que entonces puede habilitarlos el Juez: bien que si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa:

(1) Cap Proposuisti, de Probation. ley Contra pupillum, §. fin. ff. de Re judicat. y ley 2. al fin, ff. de Custodia reor. Acev. en la ley 10. tit. 13. lib. 8. Recop.

(2) Lancelot. de Atentat. parte 2. cap. 12. limit. 5. n. 3. Doctor. in cap. Prudentiam, in cap. Ex litteris, de Offic. delegat. & in cap. Si duobus, de Appellation.

sa: lo qual se observa por evitar nulidades, y controversias; pero de orden judicial expresa puede hacerse la verbal en la Iglesia, con tal que no se impidan los Divinos Oficios, ni cause escandalo. (1)

145 No es necesario hacerla quando el reo comparece por sí, ò por su Procurador en el juicio, antes de ser citado: (2) ni quando consta notoriamente que ninguna excepcion, ni defensa le compete: (3) ni tampoco en los casos en que el Juez puede practicar de oficio lo que dispone el derecho, aunque la parte no esté presente, v. g. evitar escandalos. (4)

146 Si por algun acaso se mudare de Juez en otro Tribunal (no en el mismo) ò el de la causa delegare su jurisdicion para la prolacion de la sentencia, ò muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion: en los dos casos primeros à los propios contendores, y en el ultimo à los herederos del muerto. (5) El que quiera instruirse perfectamente de las circunstancias que deben concurrir para la citacion verbal: à quién, quándo, por quién, cómo, y en dónde debe hacerse; y de otras cosas concernientes à ella, vea al práctico *Maranta* en su *Specul. aur. part. 6. memb. 1. Judic.* que en los 131. numeros de él las explica qual ninguno, pues para tinturar al Escribano me parece suficiente lo expuesto.

147 La citacion *Real* es la capturada del reo, ya esté, ò no formalmente demandado, por ser fallido, presumir-

(1) Bald. in leg. Etiam, Cod. de Execution. rei judicat. Orozco in leg. 2. num. 6. col. 2. de In jus vocand. Marant. part. 6. membr. 1. Judic. num. 1.

(2) Bobadill. lib. 3. cap. 7. num. 15. Parex. de Edition. tit. 2. resolut. 3. num. 76. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 133. num. 12.

(3) Barbosa in cap. 23. de Election. num. 5. Guzm. de Eviction. quæst. 4. num. 81. Farinac. Prax. crimin. part. 1. quæst. 21. num. 70.

(4) Cap. In causa, de Re judicat. Barbos. cap. cit. num. 23. Guzm. y Farinac. ibi.

(5) Glossa in cap. Consentaneum, verb. A quò, Cod. Quomodo, & quando. Marescot. lib. 1. Var. cap. 31. num. 5. Martha de Jurisdiction part. 4 conjectur. 1. cas. 23. num. 11. Sr. Solorzan. de Jur. indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 29. num. 73. y lib. 3. Polit. cap. 31. veb. *Demás*: Bobadill. lib. 2. Polit. cap. 13. num. 47.

mirse que haga fuga, y no tener arraigo, ni domicilio en el Pueblo en que se le demanda; pues muchas veces se le prende bajo la obligacion que constituye el actor de responderle de los daños en caso de incertidumbre de su pretension. Esta citacion es la mas eficáz de todas, y se prefiere à la verbal, de tal suerte que si v. g. en causa *mixti fori* cita el Juez Eclesiastico al lego, y el Juez secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él éste, y no aquel, porque con la captura previno mejor que el Eclesiastico con su citacion. (1) De la qual trata con mucha distincion, y claridad *Carlev.* en dicha *sect.* 3. desde el numero 883. à quien puede ver el latino aplicado.

148 Por esta citacion se incóa real, y verdaderamente el uso de la accion, la qual será *civil*, y como tal la deberá proponer el actor, y seguirla, quando el motivo impulsivo, y final de la captura mira solamente à cobrar lo que el reo le debe, ò consumió. *Criminal* quando dimana de delito, y tiene unica tendencia à que por él se le castigue. *Y mixta* quando se dirige no solo à resarcir su caudal, sino à que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion, y extravío de caudales, y en otros delitos.

149 Y la citacion *in scriptis* es la que se hace por edictos, llamando, y emplazando al reo que está ausente, por ignorarse su paradero; la qual no es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado, se le debe oir; ni debe hacerse por mera voluntad del Juez, sino en caso de necesidad, ò quando el reo no puede ser citado de otra suerte. (2)

150 Tiene lugar esta citacion en quatro casos: el primero, quando el que ha de ser citado se oculta maliciosa-

(1) Part. in leg. Sepultura, ff. de Sepulchr. violat. Fagnan. in cap. Pervenit, n. 40. de Adulter. Farin. Prax. crim. lib. 1. quæst. 7. num. 53. tit. de Inquisition.

(2) Extravag. Rem non novam, de Dolo, & contumacia. Clementin. 1. de Judic. cap. Causam 3. de Dolo, & contumac. y ley Dies 4. §. Prætor ait, ff. de Damn. infect. Pirhing. tit. de Foro compet. numer. 213. Marant. part. 6. tit. de Citacion. num. 82.

samente para que no llegue à su noticia; ò impide por sí, ò por otros que se le cite. El segundo, quando el lugar en que se le ha de citar no es seguro por causa de enemigos, ù otro impedimento, pues entonces se han de fijar los edictos en los lugares inmediatos. El tercero, quando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar, ò lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella. Y el quarto, quando es persona incierta, v. g. en una ocurrencia de acrehedores à los bienes de difunto, que se ignora quiénes, y quántos son: en cuyo caso se ponen edictos llamando à todos los interesados, para que dentro del termino que se les prefine, comparezcan, pues de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio, y les parará el perjuicio que haya lugar. (1)

151 Compete solamente este modo de citar por edictos à los Jueces ordinarios, y à los Delegados del Principe, ò su Consejo; pero no à otros Delegados, por lo que en caso de entender éstos en alguna causa en que sea preciso citar *in scriptis*, se ha de recurrir à aquel de quien dimana la comision, excepto que se le conceda especialmente, ò se le permita por costumbre, pues entonces podrá citar por edictos. (2)

152 Sucede algunas veces que los contendores son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio. Y para que el Escribano sepa qué es contumacia; en qué casos se comete, y de quántas maneras; qué diferencia hay entre la verdadera, y ficta; en qué pena incurre el contumáz; qué remedios concede el derecho contra él; cómo se han de seguir los autos en rebeldía; quiénes no incurren en contumacia; y otras cosas concernientes, procedo à explicarlas. La *contumacia*, ò rebeldía no es otra cosa que inobediencia al precepto del Juez legitimo que llama à alguno al juicio. (3) Se

(1) Reinfestuel lib. 2. titul. y §. 3. de Citatione edictali, n. 79. al 85.

(2) Reinfestuel ibi, n. 87.

(3) Cap. 3. y 6. de Dolo, & contumacia. ley 53. ff de Re judicat. y ley 8. tit. 7. Partid. 3.

153 Se comete regularmente en siete casos: el primero, quando el actor no manifiesta su accion habiendoselo mandado el Juez dos, ò mas veces. El segundo, quando si la manifiesta, y el reo contextó, no la prosigue, instandole éste. El tercero, quando el reo no comparece, ò impide que se le haga la citacion, ò se oculta maliciosamente. El quarto, quando no responde al libelo, y posiciones del actor; ò responde obscuramente, no obstante habersele mandado que responda clara, abierta, y cathegoricamente. El quinto, quando uno, ù otro no quieren jurar de calumnia mandandoselo el Juez. El sexto, quando no obedecen la sentencia, è impiden su execucion. Y el septimo, quando estando delante del Juez no quieren responder à lo que se les pregunta: y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, iludiendose de él en su presencia; (1) cuyos casos explica la glosa del *cap.* 2. *De dolo, & contumacia* en los versos siguientes:

Non veniens, non restituens, citiusque recedens
Nihil dicens, pignus que tenens, jurare que nolens,
Obscure que loquens: isti sunt jure rebelles.

154 La contumacia es de quatro maneras: *notoria, verdadera, presunta, y ficta.* Se llama *notoria*, quando el citado en persona responde que no quiere comparecer. *Verdadera*, quando el citado legitimamente, ò que es sabidor de la citacion, dice que comparecerá, ò calla; mas no comparece. *Presunta*, quando no consta que la citacion haya llegado à noticia del citado; pero se presume, mientras no lo pruebe. Y *ficta*, quando comete dolo, para que no llegue, pues entonces finge, y supone el derecho que llegó, y fue citado. (2)

155 Entre la contumacia verdadera, y ficta hay esta diferencia, que el contumáz ficto puede apelar, ò pedir res-

(1) Murill. lib. 2. Decretal. tit. 14. de Dolo, & contumacia, num. 113. Sr. Gregor. Lop. en la ley 1. tit. 8. Partid. 3. glos. 3.

(2) Murill. ibi.

restitucion *in integrum*, pero el verdadero no; (1) y para proceder contra éste, aunque por nuestro derecho real (2) à la primera rebeldía que se le acuse, se le tiene por tal, y puede condenar en las costas, y daños causados à su contendor; no obstante en práctica suelen preceder (como lo he visto repetidas veces) tres citaciones, estando en el Pueblo, ò una peremptoria, si existe fuera de la jurisdicion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil, y canonico: (3) y aun en este caso es menester que lo pida la parte, y le acuse dos rebeldías, porque el Juez no está obligado à impartir su oficio en las causas civiles entre partes por su privativa utilidad, sino lo piden: (4) bien que por seguir estrictamente el precepto legal, no se excede, ni comete atentado, y asi à la primera rebeldia le puede haber por contumáz.

156 Pero si el contendor tiene justo motivo, ò impedimento para no comparecer, y lo prueba, v. g. incompetencia de Juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio Juez, estár llamado à Tribunal superior, haber tempestades, guerras, ò crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor, ò rustico, estár captivo, y otros semejantes, no incurre en contumacia. (5)

157 Contra el verdadero contumáz puede proceder el Juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa, y otras penas arbitrarias, (6) con tal que la condenacion no sea à perdimiento de la causa, ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave, y extraordinario. (7)

Si

(1) Cap. 18. de Sentent. & re judicat. y ley 1. Cod. Quorum appellationes non recipiuntur.

(2) Ley 8. tit. 7. Partid. 3. y leyes 5. y 6. tit. 3. lib. 4. Recop.

(3) Cap. fin. §. In aliis, Ut lite non contestat. y ley 53. §. 1. ff. de Re judicat.

(4) Ley Dies 4. §. Hoc autem judicium 8. ff. de Damno infect.

(5) Leyes 53. y 54. ff. de Re judicat. ley 2. §. Si quis 1. ff. Si quis in jus vocatus. y ley 11. tit. 7. Partid. 3.

(6) Cap. 1. de Judic. Cap. 2. de Dolo, & contumac cap. 3. Ut lite non constet ley 1. §. 3. ff. de Inspect. ventr. ley 8. tit. 7 Partid. 3. y ley 8. Cod. Quomodo, & quando.

(7) Ley Ex quacumque causa 2. §. 1. cit. ff. Si quis in jus vocatus.

158 Si es actor, y despues de contestada la demanda se ausenta, ò no quiere comparecer, puede compelerle à pedimento del reo, y no de oficio à proseguirla; (1) y si no la prosigue, y la causa está iliquida, absolver à éste de la instancia, y condenar à aquel en las costas, y daños que le causó, (2) y no oírle despues, à menos que preste caucion de comparecer, y continuarla, ò pruebe haber estado legitimamente impedido, ò que el reo haya sido tambien contumáz, pues en este caso se compensa la contumacia de el uno con la del otro; (3) y tambien imponerle multa segun sea la contumacia: (4) pero no debe imponersela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta potestad, y sí solo repelerla, siendo contra derecho, y prefinirle termino para que la deduzca, apercibiendole que si dentro de él no lo hace, procederá à lo que haya lugar, que es à imponerle perpetuo silencio, y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el Juez se estienda à mas.

159 Si el reo es contumáz, conceden las leyes (5) al actor dos medios para conseguir su pretension: uno es el regular de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta difinitiva, como si hubiera comparecido. En cuyo caso estando en el Pueblo, y la causa iliquida, se declara por contestada la demanda à la tercera rebeldía que el actor le acusa: se recibe à prueba, y el auto de ésta se le hace saber: justifica el actor su accion, y pasado el termino de prueba, y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye, y el Juez procede à sentenciar la causa, y las diligencias de substanciacion se notifican en los estrados de la Audiencia, à excepcion de las de demanda, prueba, y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dexandose ver, à su muger, hijos, ò criados,

(1) Cap. 3. de Dolo, & contumacia.

(2) Ley Eum 79. ff. de Judic. y cap. 1. de Dolo, & contumacia in 6.

(3) Murillo tit. 14. cit. n. 114.

(4) Leyes 5. y 6. tit. 3. lib. 4. Recop. y ley 8. tit. 7. Partid. 3.

(5) Ley 2. y las de los tit. 11. lib. 4. Recop. y 8. Partid. 3.

dos, y no teniendolos, à sus vecinos mas cercanos en la forma explicada en el numero 133; y pasado el termino de la apelacion, declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y procede à su execucion, todo à instancia del mismo actor.

160 Y si se halla domiciliado en otra jurisdicion, y está sujeto en aquel negocio al Juez que de él conoce: aunque segun las leyes 2. tit. 3. y 1. tit. 11. lib. 4. Recop. debe ser uno, y peremptorio el termino, sin ser necesario otro, ni estár obligado el actor à acusar las rebeldías mas que al fin de él, y los autos, y demás diligencias se mandan hacer en los estrados de la Audiencia: se suelen librar no obstante quatro despachos, ò requisitorias en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo: el primero de emplazamiento con termino peremptorio para que comparezca. El segundo para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entonces, se le deben entregar los autos, si comparece, y los pide, y admitir la que haga dentro de su termino. El tercero para notificarle la sentencia, por si quiere apelar de ella. Y el quarto para una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, executarla en su persona, y bienes. Y este es el verdadero, y mas justificado modo de substanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga disculpa de no habersele oido, y pague las costas, si en ellas debiese ser condenado.

161 Yendo documentados estos despachos, los debe cumplimentar el Juez de su domicilio, y como executor mixto no exceder de lo que previenen, à excepcion de lo que explicaré en el cap. 2. de este Libro, numero 270. al 277; y si deniega el cumplimiento, ò se teme que lo deniegue, debe el requirente, ò la parte acudir, y representar al superior inmediato, para que los auxilie, y le imponga penas, à fin de que los cumplimente, y evacue. Lo propio se ha de practicar quando el Juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ò es moroso en ello por dolo, ò malicia; pues por este hecho hace suyo el pleito, y probado, debe pagar à la parte los gastos, y daños que le ocasionó, y sobre ellos estarse à su juramento:

to: (1) lo qual es corriente en la práctica, y lo advierte *Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. num. 38.*

162 Pero si del cuerpo del mismo despacho resultan meritos suficientes para no cumplimentarlo, ya sea por no ir documentado, ò por incluir algunas excepciones legales que se concilien la denegacion, ò por no llevar el politico tratamiento que corresponde al Juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorandose si es lego, con letrado, como lo he visto practicar.

163 Siendo ordinarios asi el Juez requirente como el requerido, no debe aquel cometer el exceso de conminar à éste con multa, ni otra pena, ni mandarle; porque son iguales en jurisdicion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues como dice el derecho, el igual no tiene imperio sobre otro igual, (2) y mucho menos el inferior sobre el superior. (3) Lo qual se entiende aunque sea togado, y por esta razon mas digno, pues el honor de la toga es personal, y no presta mayor jurisdicion que la ordinaria, ni tiene que hacer con ella; por lo que el requerido puede exortarle se abstenga de imponerlas, y no se exceda en su jurisdicion, y facultades: ò retener el despacho original, y con él quejarse de sus procedimientos al superior para que le contenga.

164 Mas si el requirente es comisionado del Principe, ò de Tribunal superior, puede en vista de la inobediencia, y no antes no solo conminarle, sino exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad à quien representa, y cuyas veces exerce, le concede tacitamente jurisdicion, y facultad para mandarle, y hacer que le obedezca, respecto de que por politica no obedeció. Y si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar suplicatoria, y no exorto, y asi se practica.

165 El otro medio que las leyes conceden al actor, es la

(1) Ley Si quando, Cod. de Testib. ley Properandum, §. Sin autem, Cod. de Judic. y ley 9. tit. 7. Partid. 3.

(2) Ley Ille, à quò 13. §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. cap. Innotuit 20. & ibi glos. verb. Imparem, de election.

(3) Ley Minor 10. ff. de Minorib. cap. Cum inferior 16. de majorib. & obed.

la via de *Asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, ya proceda por accion real, ò personal, de lo qual tratan las tres del tit. 11. lib. 4. Recop. y el tit. 8. Partid. 3; y no obstante que no se estila en esta Corte, ni en otras muchas partes, puede usarse, y lo explican *Paz* en su Práctica *tom.* 1. *part.* 2. y *tom.* 2. *part.* 1. *cap.* 3. *y* 4. y el Autor de la *Curia Philip. part.* 1. *Juicio civil* §. 14. *num.* 11. y 12. adonde remito al lector, y por la razon expuesta suspendo tratar de él; pero prevengo que si el actor elige via de prueba, aunque sea contra menor contumáz, puede dejarla, y usar de la de Asentamiento segun la ley *final de dicho tit.* 11. *lib.* 4. En quanto al modo de proceder contra los ausentes, y rebeldes en causas criminales vease el tit. 10. del citado lib. 4.

166 No incurren en contumacia aunque no comparezcan ante el Juez de la causa, los siguientes: el que es mayor, ò igual à él; el Clerigo mientras celebra, ò está en las horas Canonicas; el Religioso, y otros que están bajo de obediencia, pues la citacion se debe entender con sus Prelados; los que por grave enfermedad, servicio de la Republica, ù otro motivo semejante están impedidos de comparecer; pero éstos lo deben hacer por Procurador; los novios en el dia en que se casan; el que vá acompañando el cadaver de su casa, ò de la de su señor, amigo, ò consanguineo hasta que esté enterrado; los menores, locos, prodigos, y mentecatos que tienen curador; los Diputados, ò Comisionados por el Rey, ò por su señor, Ciudad, ò Villa, mientras están en su comision; el pregonero interin pregona; el siervo, sino en ciertos casos; ni tampoco el que está llamado por Juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el mayor. Y todos los demás por sí, ò por medio de Procurador, aunque gocen de privilegio; pero en este caso será unicamente à hacerle ver que no es Juez suyo, ni puede conocer de sus negocios; (1) ò practicarán lo explicado en el numero 132.

En

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

167 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive honestamente, para ir personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador, pues si hay que tomarla alguna declaracion, debe el Juez ir à su casa, ò enviar Escribano que se la reciba; pero sí en las criminales que la muevan. (1) Y si el Juez quiso violentarla torpemente, ò casar por fuerza con ella, ni debe emplazarla, ni à ninguno de su casa, ni están obligados à ir, aunque los emplace, ni à enviar personeros; y lo que debe hacer en este caso el demandante, es, usar de su derecho ante otro Juez del Pueblo, y no habiendolo, ante el mayor de aquel territorio. (2)

168 Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dejó herederos conocidos *ex testamento*, ò *ab intestato*, y éstos no han admitido, ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique à todos que la admitan dentro de un breve termino que les prefina, y aceptandola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo ha de practicar quando callan: pero en este caso pasado el primer termino les ha de acusar dos rebeldías, y el Juez haberlas por acusadas, prefiniendoles en cada una otro competente segun la distancia, para que acepten, ò repudien, apercibiendoles en el ultimo que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá à la pretension del actor, que será à haberla por aceptada, ò repudiada: bien que si acudieren, aunque sea en el ultimo, pretendiendo les conceda el legal, (de que traté en el cap. 14. de mi primera parte, y en el libro 1. cap. 1, de esta segunda) para deliberar, se lo debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna, se estimará haberla aceptado, y con ellos ha de seguir la demanda ordinaria, ò executiva que corresponda, y si uno solo la admite, con él se debe entender.

169 Y si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos à instancia del actor los inmediatos consanguineos por su orden hasta el quarto grado, contado por derecho civil; y no queriendola éstos, pretender ante todas cosas para evitar nulidad, que el Juez nombre defen-

sor

(1) Ley 3. dicho tit. y Partid. (2) Ley 6. tit. 7. Partid. 3.

sor à los bienes, con el qual se entiendan la demanda, y diligencias succesivas, y que se inventarien, y custodien para evitar su extravío; y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano, y seguro que los cuide. Pero si por falta de parientes conocidos (para cuya averiguacion se deben fijar edictos, llamandolos segun lo previenen las leyes) ò por repudiar todos la herencia, recayere en el Fisco, se ha de entender la demanda con el Fiscal real.

170 Del mismo modo se debe proceder quando el marido, su heredero, ù otro acreedor quieren convenir, ò demandar à la muger, ò al suyo, pues deben pretender se le prefina termino para que acepte, ò repudie los gananciales: de todo lo qual trata *Paz tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 2. *num.* 50. al fin *part.* 3. *per tot.* y es lo que se observa.

271 Compitiendole accion contra captivo, se ha de nombrar defensor à sus bienes, y substanciarse con él los autos. (1) Lo propio milita para con el ausente ultra mar, ò en otras partes remotas, si no tiene apoderado en el Pueblo del juicio, ni se espera su pronto regreso, pues esperandose, se ha de aguardar à que venga; (2) pero no, quando dejó Procurador, ò Apoderado, en cuyo caso se ha de entender con éste, y no nombrarle defensor, para lo qual el actor debe probar la ausencia dilatada, y la ignorancia de su pronta venida. (3)

172 Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como su inmediato consanguineo, ha de justificar por fama pública del Pueblo su fallecimiento, ò à lo menos que se ignora su paradero mas de diez años ha, y entonces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras, y saneadas de restituirlos con los frutos

(1) Ley Ab hostibus, ff. Ex quibus causis majores, ley 4. tit. 29. Partid. 2. y ley 12. tit. 2. Partid. 3.

(2) Dicha ley Ab hostibus, Sr. Greg. Lop. en la 12. cit. glos. 1.

(3) Socin. consil. 26. lib. 2. Menoch. in leg. 1. ff. de Curator. bon. dand. n. 17.

tos que produzcan, al ausente ò al heredero que haya instituido, siempre que vengan, (1) como para otros casos lo previenen dos leyes creadas en esta Corte: (2) y no pudiendo probar uno, ni otro, ni sabiendose de su vida, ò muerte se deben entregar sus bienes bajo de fianzas à sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma. (3)

173 Si el ausente tiene acrehedores, y éstos piden que se nombre defensor, ò curador à sus bienes, basta que conste estarlo en partes remotas, y que no se espera su pronta venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que sin engaño haga, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí. (4) Pero esperandole en breve, se han de aguardar los acrehedores, y no nombrarsele defensor. (5)

§. IV.

DE LAS CLASES DE EXCEPCIONES que el reo puede oponer en juicio, y termino que para ello se le concede.

174 HEcha notoria la demanda al reo, y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe inspeccionar si claudica, ò tiene alguno de los defectos difusamente explicados en el §. 2. ò le competen contra el demandante algunas excepciones, à fin de oponerlas en el tiempo, y forma que el derecho dispone. (6)

175 Y para que el Escribano principiante se instruya de quantas clases son las excepciones; dentro de qué tiempo ha de oponerlas, y justificarlas el reo; y de quáles se de-

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

(2) Leyes 4. y 24. tit. 21. lib. 4. Recop.

(3) Ley 1. §. 1. ff. ad Tertyllian. y ley 1. ff. de Bonor. posses. furiosi. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 14. glos. 2.

(4) Ley 2. tit. 12. Partid. 3.

(5) Ley penult. ff. de Legationib. y ley Ignorare 4. Cod. de Restitution. milit.

(6) Proem. del tit. 3. Partid. 3.

debe conocer antes de proceder al negocio principal; debo sentar que la excepcion *es exclusion de la accion*: y defension, ò defensa *es repulsa de la intencion del actor*: (1) y asimismo que las excepciones, (que por otro nombre llaman articulos) se dividen en *mere dilatorias*, y *temporales*; *en mere peremptorias*, y *perpetuas*; *en mixtas*, *ò anomalas*, y en *prejudiciales*.

176 Las mere dilatorias son las que difieren el ingreso, y progreso del principal juicio; pero no lo extinguen, ni acaban, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que conspira à divertirle, y entretenerle, para que tal vez cansado cese totalmente en su conato, y se transixa, y componga con él, ò por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia; ò por otros fines. (2)

177 De estas excepciones unas tienen su tendencia directa à la persona del Juez; otras à la del actor; y otras à la causa, y proceso. Las primeras son la *declinatoria de fuero*, ò incompetencia de Juez por defecto de jurisdicion, y la *recusacion* por sospechoso, para inhibirle del conocimiento del negocio; las quales debe proponer el reo con especificacion, y la declinatoria primero que todas las demás, pues de omitirla, se sujeta à él, le prorroga la jurisdicion en los casos en que es prorrogable, y le constituye competente para conocer de las otras, y del principal negocio; lo qual no sucede con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y à veces expresion, y justificacion de las causas porque se hace, (3) como en el §. 12. num. 431. y siguientes de este capitulo diré: y asi la declinatoria debe determinarse antes que todo, aun quando exija mayor examen, è indagacion; requiere especial, y expresa declaracion, la qual no es precisa-

(1) Ley 2. ff. de Exception. Dieg. Perez en la 1. tit. 8. lib. 3. Ordinam. glos. 1. vers. *Videtur tamen*. Cancer. part. 1. var. cap 18. n. 1. glos. in cap. Ex parte, de foro competent. & in cap. Dudum 2. de election. Speculator tit. de Exception. §. 1. n. 9.

(2) Carleval de Judic. tit. 2. disp. 5. n. 1.

(3) Marant. part. 6. tit. de Exception. n. 1. Carlev. ibi n. 2.

cisa en las otras excepciones; (1) y de ella puede conocer el propio Juez; (2) sin que por esto se deba decir que lo es en propia causa, pues se llama causa propia solamente aquella de la qual se sigue algun daño, ò provecho à alguno, y aqui ninguno se sigue al Juez en declarar que es suya la jurisdicion, y solo se amplia la de su oficio. (3) Pero no podrá conocer en catorce casos que trahen *Felin.* in cap. *Ex litteris* : *de Rescript.* y los Autores que cita *Carleval*, (4) cuya explicacion omito por no ser de la inspeccion del Escribano.

178 Ya que he tocado de la *declinatoria*, para que el Escribano principiante sepa de quantas maneras puede hacerse la prorrogacion de jurisdicion; en qué casos ha, ò no lugar; y por qué actos judiciales no se prorroga, paso à explicarlo. La prorrogacion de jurisdicion se puede hacer de quatro maneras: la primera de persona à persona, v. g. quando el Juez la tiene limitada en un Pueblo, ò territorio: pues si algunos de otro quieren convenirse en que su negocio se ventile ante él, y lo determine, puede hacerlo, sin embargo de no ser subditos suyos; por lo que su jurisdicion limitada se amplia por el convenio à personas que no estaban sujetas à ella. (5)

179 La segunda es de *cantidad* à *cantidad*, ò *de cosa à cosa*, v. g. quando un Juez tiene jurisdicion para entender solamente en negocios que no excedan de suma determinada, y no obstante quieren que el suyo, que es de suma mayor, se trate ante él; en cuyo caso por el consentimiento de éstas se prorroga su jurisdicion de la cantidad menor à la mayor. Y lo propio milita de alhaja, ò cosa cierta à otra diversa, que tambien lo sea, con tal que

(1) Bald. in leg. ultim. n. 6. Cod. de Judic. in leg. 19. n. 11. Cod. de Probation. & in leg. 1. n. 11. vers. Præterea, Cod. de Ordin. judicior. Felin. in cap. Inter monasterium, n. 4. y 6. de Re judicat. Jason in leg. Ait Prætor 7. n. 25. ff. de Jurejurand.

(2) Ley Ex quacumque 2. ff. Si quis in jus vocatus, y ley Si quis ex aliena 5. ff. de Judic.

(3) Ley 1. §. In propria, 11. ff. Quando appellandum sit.

(4) Carlev. tit. 2. disp. 5. cit. n. 10.

(5) Leyes 1. y 2. ff. de Judic. y ley Si convenerit 18. ff. de Jurisdiction. omn. judic.

que el Juez sepa la prorrogacion. (1)

180 La tercera *de tiempo à tiempo* v. g. un Juez delegado tiene jurisdicion para conocer de cierto negocio; pero con la calidad de determinarlo precisamente dentro de un año; pues si acabado éste quieren las partes prorrogarle la jurisdicion que espiró, pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision, y se ampliará de un tiempo à otro tiempo. (2)

181 La quarta *de lugar à lugar*, y es quando el Juez de un territorio quiere conocer en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes; en cuyo caso vale la prorrogacion de jurisdicion, con tal que el Juez del lugar preste expresamente su permiso: bien que algunos Autores afirman ser bastante el tacito, que es, que sabiendolo, no se lo prohiba. Lo mismo procede quando acostumbra hacer audiencia, ò juicio en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdicion. (3) Se previene que la jurisdicion del delegado se puede prorrogar de los tres modos ultimos, pero no de persona à persona: (4) sobre todo lo qual vease à *Carlev. tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 977. *al* 1173. para mas radical instruccion.

182 Tambien puede hacerse expresa, y tacitamente la prorrogacion de jurisdicion: expresamente es quando las partes consienten llanamente en ser convenidas, ò tratar su negocio ante Juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento; de lo qual tratan las leyes 1. *y* 2. *ff. de Judic.* la *Si convenerit* 18. *ff. de Jurisdiction. omnium judic.* inserta en el capitulo 4. de mi primera parte, num. 85. el capitulo *Significasti*: *de Foro competent.* y con mucho magisterio, extension, y claridad *Carlev. de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 1003. *al* 1072. cuya explicacion por

(1) Ley De qua re, §. 1. ff. de Judic. Bald. en la Si qui ex consensu, Cod. de Episcop. audiend.

(2) Ley Consensisse 2. §. Si & judex, ff. de Judic. Bald. ibi.

(3) Marant. part. 4. tit. Judicium ordinar. & prorrogat. distinct. 12. n. 3. vers. Exemplum de quarta prorrogatione, y n. 4.

(4) Dicha ley De quà re, y cap. Statutum, §. In nullo, extra de rescript. in 6.

por difusa, y no precisa al Escribano, omito à beneficio de la brevedad.

183 Y tacitamente, quando el reo permite ser reconvenido ante Juez incompetente, y no declina su fuero. Acerca de lo qual dicen algunos que para que tenga efecto irretratable esta prorrogacion tacita, y el reo no pueda arrepentirse, se requiere de parte de éste la litis contestacion. Y otros afirman ser suficiente que antes de ésta proponga alguna excepcion dilatoria, y que el Juez la determine, por cuyo acto es visto prorrogarle la jurisdicion, y consentir en él sin necesidad de contestacion; (1) y es la opinion mas corriente.

184 Pero esto se limita lo primero, quando la excepcion propuesta tiene su tendencia à la persona del Juez, y su jurisdicion, pues entonces como se le deniega ésta, aunque se le pida que pronuncie sobre la excepcion, no es visto aprobar su persona sobre lo principal, ni sujetarse à él, antes bien por lo mismo puede oponer despues la declinatoria. (2)

185 Lo segundo, quando al tiempo de proponer la excepcion protesta que no consiente en el Juez, y despues ningun acto hace que de él se induzca la prorrogacion de jurisdicion; en cuyo caso esta protesta conserva su derecho para declinar despues. (3)

186 Mas para evitar dudas, y disputas, y que el Juez proceda *ad ulteriora*, deben concurrir tres circunstancias; la primera que la protesta sea expresa, y no tacita, ò generica, à cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta clausula: *Sin que sea visto atribuir, ni prorrogar à Vm. mas jurisdicion que la que por derecho le compete, ni sujetarme por este acto à fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda que no debo; y con*

(1) Ley Sed etsi suscepi 52. ff. de Judic. y ley final. Cod. de Exception. Carleval tit. 1. disp. 2. n. 990. al 93. Doctor. in cap. Inter monasterium, de re judicat.

(2) Cap. Super litteris 20. de Rescript. Panormit. in cap. Inter monasterium cit. n. 20.

(3) Felin. in dict. cap. Inter monasterium, n. 8. Decio in cap. 1. de Judic. n. 187. in 1. lectur. Petr. Barbos. in leg. 1. ff. de Judic. artic. 3. n. 16.

con animo, y bajo la protesta de contestarla en el termino competente ante quien legalmente corresponda, siendo digna de contestacion, y no en otra forma, y de usar de todas las acciones, y recursos que me tocan, quándo, y en dónde me convenga, Vm. en meritos de justicia, y ella mediante, se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarandose por no Juez de él, y mandando à dicho Fulano que use de su derecho dónde, contra quién, y cómo le conduzca: y sobre que asi lo declare, y se execute, formo articulo de previo, y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad en el progreso ad ulteriora; pues debe hacerse como lo pido, por lo que informan los autos, y aqui se expondrá favorable, general, y siguiente. Y por qué &c. La segunda que no haga acto alguno del qual se induzca la prorrogacion, v. g. quando la excepcion, ò articulo fue de no contestar, y sobre él se recibió el pleito à prueba, y luego pide llanamente prorrogacion del termino: en cuyo caso por este acto se induce tacitamente la prorrogacion de jurisdicion. Y la tercera, que declarado que sea el articulo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias legales, porque si la propone despues, como que ya espiró el termino, perdió por su omision, y descuido el derecho de usar de ella: lo qual he visto declarado en juicio. Con cuyas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el Juez se declare por competente, puede haber por contestada la demanda en el auto de declaracion, antes bien ha de concederle termino para ello, ni por tal se le debe reconocer hasta que el auto se consienta, ò executorie, porque tiene fuerza de difinitivo, y es apelable; y como que la demanda no está contestada, ni empezó el termino de contestarla, puede oponer luego simultanea, ò separadamente dentro del legal las demás excepciones dilatorias que tenga: y asi lo practican los jurisperitos.

187 Y lo tercero se limita lo explicado en el numero 183. quando el Juez procede contra alguno por via de inquisicion en caso prohibido, pues entonces puede usar de la declinatoria en qualquier tiempo, no obstante que ha-

haya propuesto ante él qualesquiera excepciones dilatorias; y la razon es, porque por la declinatoria una vez que se declare, se anula todo lo actuado hasta ella. (1)

188 Hay otros actos judiciales, por los quales no se prorroga tacitamente la jurisdicion del Juez, sin que intervenga la litis contestacion, y son: el primero por pedir el reo copia, ò entrega del libelo, ò termino para el despacho de los autos, y responder lo que convenga à su derecho, y defensa, porque esto es para deliberar lo que debe practicar, y tener tiempo para ello. (2) El segundo por dar las fianzas de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, porque en éstas se entiende puesta la condicion *de que no tenga causa para declinar, ò recusarle*, pues si la tubiere, ha de poder hacerlo. (3) El tercero por hacer la confesion ante Juez incompetente, porque es visto que nó la hace espontaneamente, ni por sujetarse à él, sino solo por redimir la vexacion del apremio; (4) pero para evitar toda duda, conviene que lo exponga asi en la propia confesion, pues el Juez, y Escribano deben admitirselo, y asi se practica en esta Corte. El quarto por la contumacia: lo qual se entiende, à menos que el Juez incompetente se pronuncie en vista de ella por competente, pues entonces aunque el reo no sea subdito suyo, como por su contumacia se inhabilita de poder apelar, y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla. (5) El quinto en las causas criminales, pues por la oposicion de la excepcion no se prorroga, porque ce-

(1) Bald. in leg. Licet 24. n.6. Cod. de Procurator. Alex. in leg. Quidam 17. n. 21. ff. de Re judicat. Socin. en la Si convenerit, ff. de Jurisdiction. omn. judic. n.28. al fin. Decio en ella, n. 26. y en el cap. 1. de Judic. n. 183. y sig.

(2) Ley Non videtur 33. ff. de Re judicat. ley 1. ff. de Edendo, y Authent. Offeratur, Cod. de Litis contestation.

(3) Bart. in leg. Si convenerit, cit. & in leg. Vir bonus 18. n. 4. ff. de Judicatum solvi. Carleval tit. 1. disp. 2. n. 997.

(4) Socin. consil. 108. col. fin. vol. 3. Avendañ. respons. 40. n.6. vers. Secus vero: Farinac. in prax. quæst. 7. n.4. vers. Sublimitando: Maranta part.4. distinct. 12. n.13.

(5) Carleval disp. cit. n. 1000. al 1002. Marant. ibi n.16.

cede en perjuicio del Juez competente. (1) El sexto en la que se hace de lugar à lugar, pues debe ser expresa. (2) El septimo en caso de omnimoda incompetencia, que es quando el que se titula Juez, ninguna jurisdicion tiene: en cuyo caso puede el reo oponer la declinatoria en qualquiera parte del juicio, porque en nadie reside potestad para hacerse Juez por solo el tacito, ò expreso consentimiento de las partes; (3) y el que ningun principio tiene de jurisdicion, no puede tener prorrogacion, porque lo que no hay, ò no tiene ser *in rerum natura*, no puede ampliarse. (4) Lo propio milita quando la jurisdicion es limitada à cierta especie de personas, ò causas, pues no puede prorrogarse à otras de diversa especie. (5) El octavo si interviene error, ò ignorancia continuada de hecho, ò de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga, y entienda hecha la prorrogacion. (6) Lo qual procede quando el Juez es del todo incompetente por derecho; mas no, quando es competente, y solo por la excepcion se constituye incompetente, pues entonces aunque haya error, vale la prorrogacion. (7) Y el nono en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al Juez competente, y no ha lugar la prorrogacion de consentimiento de las partes del incompetente. (8)

Aun-

(1) Bald. in leg. Si qui ex consensu, col. 2. al fin, Cod. de Episcop. audiend. Socin. consil. dicho al fin. Jason in leg. Si convenerit, col. 8. circa finem.

(2) Marant. ubi supr. n. 15.

(3) Ley Privatorum consensus, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. cap. Si diligenti, de Foro compent.

(4) Glos. in Clementin. unic. verb. Non obstante, de Sequestrat. posses. & fruct. Paz tom. 1. Prax. part. 1. temp. 5. num. 22.

(5) Ley 2. al princip. y ley 61. §. Latrumculator, ff. de Judic.

Jason en la Si per errorem 15. column. 1. ff. de Jurisdiction. omn. judic. Marant. loco cit. num. 18.

(6) Ley Si per errorem cit. & ibi Bart. & DD. y ley 15. tit. 22. Partid. 3. Sr. Gregor. Lop. en ella glossa 2.

(7) Bart. in rep. leg. Ex quacumque, col. 4. ff. Si quis in jus vocatus, glos. in leg. 4. §. 1. vers. Consensus, ff. de Judic. Jason in leg. Si per errorem cit. col. 4.

(8) Marant. part. 4. distinct. 12. n. 22. Alex. in leg. 2. ff. de Judic. in Addition. ad Bart.

189 Aunque el Juez prorrogado puede conocer, y sentenciar; mas no poner en execucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente. (1) El legista que apetezca mayor instruccion, vea *à Pedro Barbosa* en la ley 1. *ff. de Judic.* y sus cinco articulos: *à Maranta, y Carleval* en los lugares citados, y los textos, y Autores que refieren, pues para ilustrar al Escribano principiante, basta lo expuesto.

190 Propuesta la declinatoria en los terminos insinuados, se impide el ingreso, y progreso del juicio, de tal suerte, que el Juez no puede proceder *ad ulteriora*, interin no se declare expresamente por competente, ò incompetente, y se consienta, ò executorie el auto; y si procede sin esta expresa declaracion, (pues no basta la tacita) es nulo el proceso. Si se opone la *de litis pendencia, legitimacion de persona*, ù otra que impida el progreso del pleito, de modo que recayendo declaracion sobre ella, no puede expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa, ò tacitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria que si se admite, se anula todo lo actuado hasta alli, debe difinirse tambien al instante, y no reservarse para el final del juicio, à efecto de que éste no quede ilusorio, ni el reo experimente vexacion con expensas inutiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna prejudicial, que de reservarse para difinitiva, contiene gravamen irreparable por ésta; y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte el *Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 18. num. 68.* al fin. Pero sobre las demás excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica, es recibir el pleito à prueba sobre lo principal, sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia virtualmente ésta. Sobre lo qual vease al *Sr. Greg. Lop.* en las glosas primeras de las leyes 11. tit. 3. y 5. tit. 10. Partid. 3. y à *Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 5. num. 8. y 9.*

Si

(1) Ley Episcopale, Cod. de Episcop. audiend. Jason in leg. Si per errorem, in not. 4. Alex. in leg. Cum quædam 19. ff. de Jurisdiction. in not. penult.

191 Si el reo forma articulo de no contestar; y no pide que asi se declare ante todas cosas, ni hace la protesta *de contestar la demanda à su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion*, y el Juez desprecia el articulo expresa, ò tacitamente, ya no puede pretender termino para contestarla, por ser pasado; y asi puede el Juez recibir el pleito à prueba sobre lo principal, porque se ha por contestada, y por concluso para prueba; bien que no por eso está privado de articular, y probar todas las excepciones peremptorias que conciernan à enervar, y extinguir la accion del demandante, no obstante que no las haya esprimido en el libelo, expresandolas despues. Pero si hace la protesta, y pide declaracion expresa, no debe el Juez recibirlo à prueba despreciando el articulo, sino antes bien mandarle que conteste dentro del termino legal; y de lo contrario se puede apelar; y es lo que he visto observar.

192 Las excepciones que conciernen à la persona del actor, son las *de legitimacion, no solo para pedir, sino para comparecer en juicio*, v. g. el menor que comparece sin intervencion de su curador: el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo: el Procurador sin poder, ò aunque con él, pero diminuto, obscuro, y sin facultad especifica, quando el negocio lo requiere: el substituto suyo, careciendo de facultad para nombrarlo: el excomulgado vitando: el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ò carecen de ella, ò tienen prohibicion legal de comparecer en juicio: pues ya sea en el civil, ò criminal, ordinario, ò executivo, extraordinario, è impropio, plenario, ò sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrepito, ni figura de él, debe legitimar el actor su persona. (1)

193 Pero se dificulta ¿si debe legitimarla al principio del pleito antes que el reo conteste, ò basta hacerlo en el termino de prueba, ò antes de la sentencia? Esta dificultad propone *Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 4.* y conci-

lian-

(1) Leyes 9. y 24. Cod. de Procurator. y leyes 9. 20. y 21. Cod. de iis qui accusare non pos. y capit. 1. de Accusation.

liando con sutil, y maduro examen la discordia de los muchos Autores que cita, distingue dos casos: el primero, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. g. el heredero, y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia: y la razon es, porque éstos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran à los meritos del proceso para obtener en juicio; y esto se amplia al cesonario quando litiga como tal en su propio nombre, exerciendo las acciones utiles que el cedente le transfirió por la cesion; mas no quando comparece en nombre, y como mandatario de éste, exerciendo las directas que como dueño le competen.

194 Lo qual limita lo primero, quando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento &c. pues entonces ha de manifestarlo antes de la litis contestacion, pidiendolo el reo, para que éste delibere en su vista si ha de contender, ò ceder: à menos que jure no poder exibirlo, por no existir en su poder. Lo segundo, en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas cosas el instrumento que trahe aparejada execucion. Y lo tercero, si por la ley se requiere alguna qualidad para que sea admitido al juicio; pues en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley apetece; excepto que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede proseguir el juicio sin este requisito.

195 Y el segundo caso es, quando el actor demanda en nombre, y como Procurador de otro: en cuyo caso aunque sea cesonario debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion; y de no hacerlo, le obstará la excepcion: *tua non interest*, y podrá el Juez repelerle de oficio, por carecer de accion, porque es iniquidad permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interés, con solo el aparente pretesto de que lo hace por otro; à mas de que sería iludirse del Juez; y por eso nuestro derecho real (1) manda que no se defiera

à

(1) Ley 5. tit. 17. lib. 2. y leyes 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop.

à la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ello; è impone pena à los Escribanos, y Relatores del Consejo, y Audiencias; à aquellos si pasan à éstos los autos antes que los poderes estén firmados por bastantes por los Abogados de las partes; y à éstos si hacen relacion del pleito, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces doctos proveen este auto: *Esta parte legitíme ante todas cosas su persona, y hecho se traiga.* Y si se opone en nombre del reo sin poder, dicen: *Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide por el termino ordinario.*

196 Se estiman, y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes à la persona, y se han de decidir previamente las fianzas, ò seguridades que se piden, y deben dar en el juicio, (1) y son las de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 140. la de *non offendendo*, que es quando alguno se queja de que otro le conminó, pues puede implorar el oficio del Juez, y justificando copulativamente no solo la amenaza, sino que el que le amenazó, suele poner en execucion las que hace, (pues no basta la justificacion de una cosa sola) debe el Juez compeler à éste à que afianze, y asegure que no hará daño al querelloso, sus bienes, ni familia por sí, ni por medio de otro: de la qual tratan *Bart.* en la ley *Illicitas*, §. *Ne potentiores*, *ff. de Offic. præsid. y Felin. in Rubr. de tregua, & pace*: la de *rato*, que debe dar el que comparece à nombre de otro sin su poder, ò sin el bastante, ò como conjunto en los casos que el derecho prescribe, de que su parte habrá por firme, y no reclamará lo que se practíque en el pleito; de la qual toqué lo correspondiente en el capit. 11. de mi primera parte, y tratan las leyes 1. *y Maritus* 21. *Cod. de Procuratorib.* la ley *Non solum* 39. §. 1. la *Pomponius* 40. §§. 2. *y* 3. *ff. eod. tit.* y todo el tit. *ff. Rem ratam haberi*: la que el actor debe dar al principio del

(1) Marant. Specul. aur. parte 6. Nono membr. judic. num. 4. vers. Et similiter quando petitur satisdatio judicialis.

del juicio, de pagar al reo las costas, y daños que con motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion sea condenado, y éste absuelto; de que tratan la Authentica *Generaliter autem judex*, *Cod. de Episcop. & Cleric.* y el cap. *Al excluendas* 2. *in Authent. de Litigiosis*: *collat.*8. *tit.* 11. *novel.* 110. La de *indemnidad*, de que traté en dicho cap. 4. num. 141. y 142: ò quando el reo preso en carcel estrecha, pretende se le alivie, y remueva à otra suave, ò que por carcel se le den Villa, y arrabales, y dá fianza, ò caucion, y seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el Juez se lo permita: la convencional en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes, de la qual hablan los titulos, *ff. & Cod. de Judic.* la de *mutacion de condicion*, de que trata la ley *in Omnibus* 41. *ff. de Judic.* v. g. quando el deudor que está obligado à pagar cierta suma à plazo determinado, vá empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, dá fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Principe, ò su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera, ò moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acrehedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha, de la que habla la ley *Universa* 4. *Cod. de Præcib. imperatori offerendis.* y segun el Auto 79. tit.4. lib. 2. Recop. no debe concederla el Consejo, sin dar traslado à aquellos, ver su respuesta, y que luego dé à su satisfacion fianza de pagar, cumplido el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman *Muciana*, y expliqué en el cap. 1. de mi primera parte, §. 3. num. 54: ò quando el testador legó cierta cosa, ò cantidad à dia fijo, ò con condicion, y su heredero afianza de que verificada ésta, ò cumplido aquel, entregará al legatario su legado: la de *damno infecto*, que es para asegurar, y resarcir el daño que no ha sucedido, pero puede suceder, de la qual tratan las 48. leyes ff. de este titulo: la de *Usufructo* que expliqué latamente en el referido cap. 1. §. 28. num. 284. y sig. y en el cap. 7. lib. 1. de esta segunda parte; y de ella trata el tit. *Usufructuarius quem admodum cavet*: la que se dá en las denuncias de obra nueva, de que asimismo

mo traté en dicho cap. 4. §. 9. y de ella habla el tit. *ff. de Oper. nov. nuntiat*: la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *Quarta falcidia*, de que habla todo el tit. *ff. Si cui plus quam per leg. falcid. licuerit legatum esse dicetur*: las de las leyes de Toledo, Madrid, y demás que tambien expliqué en el prenotado cap. 4. §. 5; y otras de que hacen mencion el tit. *ff. de Prætor. stipulat.* varias leyes del derecho civil, y real, y el práctico *Maranta part. 6. tit. de Satisdatione* 8. *Membr. judicii*, en donde el aplicado jurista las podrá hallar, como que debe saberlas para quando le ocurra el caso de defender, y juzgar: todas las quales tienen su tendencia directa à la persona litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias, y subsidiarias no pueden tener subsistencia sin las principales, ni verificarse, ò surtir su efecto sino à falta de éstas, por ser fianzas puras, y simples.

197 Y las que miran à la causa, son: *litis pendencia* sobre lo mismo ante diversos Jueces, ò ante uno, y distintos Escribanos, la *subrrepcion* del rescripto, por haber sido obtenido con relacion siniestra; *estár el libelo inepto, ù obscuro*; *el pacto temporal de no pedir*; *carecer el actor de accion para litigar*; *pedir antes que espire el plazo, ò se cumpla la condicion*; y otras semejantes, (1) las quales debe poner el reo antes de la contestacion, à menos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante en que el reo no haya intervenido; ò que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, las puede oponer, y de no hacerlo, es visto que las renuncia.

198 De estas excepciones se exceptua la *acumulacion* que produce la litis pendencia, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte del juicio, aun fuera de

(1) Ley 9. tit. 3. Partid. 3. Cevall. de Cognition. per viam violent. part. 2. quæst. 111. Ciriac. controvers. 187. Sr. Valenzuel. cons. 133. y 173. Jul. Capon. discept. 135. tom. 3.

de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum adversus omissum terminum opponendi*; y la razon es para que la persona privilegiada no experimente vexacion en diversos Tribunales sobre una misma cosa. (1) Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las quales tratan *Felin. in cap. Excepcionem col.* 9. vers. *Fallit octavo: de Excepcion. y Alex. in leg. Ita demum, Cod. de Procurator.* las que omito referir, por no molestar mas al Escribano.

199 La litis pendencia es motivo de que se pida, y haga cumulacion de autos, y procesos. En ella se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irrogue detrimento, ni sobre un mismo asunto aparezcan dos sentencias tal vez contrarias que la dada en un juicio, pueda servir de excepcion en el otro; y menos principal, ò accesoriamente los Jueces, y Escribanos por su privativa utilidad pecuniaria, y regalía de jurisdicion.

200 Para que se verifique haber *litis pendencia*, es menester que el Juez que principió à conocer del negocio, sea competente, y que el reo sea citado, è instruido plenamente de la demanda en tiempo, y forma; ò que si no lo es, dependa de él, por no dexarse citar, ò usar de medios que impidan llegue à su noticia, pues no le deben sufragar su dolo, y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion, que el obediente; (2) advirtiendo que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ò donacion propter nuptias, ò de transacion, ò de division de las cosas hereditarias, ò por legado, ò fideicomiso, como expuse en el cap. 7. de mi

(1) Carlev tit. 2. disp. 2. n. 5. al 12. Sr. Molin. de Primogen. libro 3. cap. 13. n. 61. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 52. n. 4. Fontanel. de Pact. claus. 2. glos. 8. n. 51. y decis. 19. n. 5. y 6. Marant. parte 6. de Exception. n. 9. y 10.

(2) Clementin. 2. Ut lite pendente, & ibi Immol. § fin. & glos. verb. Competenti. ley Si ideo, ff. de Eviction. cap. Sedes 15. y Ex tenore 16. ff. de Re judicat. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 1. num. 5. al 9.

mi primera parte num. 7. ò en los juicios universales en que el Juez permite, porque asi lo exige la necesidad, enagenar algunas para el funeral del deudor, paga de ciertos debitos suyos, y alimentos de su familia; (1) y fuera de estos casos se ha de revocar, y bolver la cosa enagenada à su antiguo estado, y si no puede ser, subrrogarse otra en su lugar; y asi el rescripto, ò privilegio que pendiente el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica à la parte adversa, por ser subrrepticio; bien que por la litis pendencia no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos, y uso de su comodidad, antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle, se le irrogaba injustamente grave daño, quitandoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño, y poseedor. De todo lo qual, y de otras cosas concernientes tratan con mas extension *Carleval de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *sect.* 3. *quæst.* 7. *& præcipue ex num.* 875. hasta el fin; *Reinfestuel lib.* 2. *tit.* 16. §§. 1. *y* 2. y los que citan, pues por ser materia difusa, y no incumbir necesariamente al Escribano su pericia, omito dilatarme en su explicacion.

201 Supuesto lo referido, debo sentar como inquestionable que la *cumulacion*, ò acumulacion, ò union de autos, y procesos (no hablo de la de acciones que es muy diversa, y la dejo explicada en el §. 2. de este capitulo desde el num. 67. al 96.) se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes: la primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*: pues de ventilarse ante dos Jueces, y en diferentes procesos, se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno obstaria, y podria oponerse como excepcion ante el otro. (2)

202 La segunda por *litis pendencia*, que es por razon

(1) Ley 13. tit. 7. Partid. 3. y ley final, Cod. de Rebus litigios. y Authent. de Litigiosis, collat. 8. glos. in cap. 3. Ut lite pendente. Reinfestuel ibi, num. 19.

(2) Leyes Julianus 3. Singulis 7. § Et generaliter 4. y et an eamdem 14. ff. de Exception. rei judicat. y ley Fundum 16. y Fundi 18. ff. de Exception. cap. 1. de Litis contestation. y cap. 2. de Exception. in 6.

zon de pleito pendiente sobre el dominio, ò quasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga, ò posesion de ella, bien que se hará litigiosa ésta,) y asi no debe continuar el Juez segundo, estando incoada la causa ante el que previno el conocimiento. (1) Lo mismo procede quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir, y hacer que se unan, y cumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes, ò despues de formado; è instaurar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido à él, ò el defensor nombrado aunque esté pasado el termino prescripto para oponer las excepciones dilatorias, (2) porque como juicio universal avoca, y atrahe à sí todos los particulares, segun en él diré.

203 Y la tercera, para que no se divida la *continencia* de la causa, (3) pues siempre que se verifica conexion, similitud, y relacion entre los litigantes, ò entre la cosa, ò accion, ò entre todos juntamente, y opone esta excepcion, se deben acumular unos autos à otros, porque viene à ser una causa comprehensiva de otras varias que tienen identica continencia: lo qual puede suceder, y verificarse en seis casos, el primero quando concurren las tres identidades de *persona* (aunque sea *representative*) *juicio*, *y cosa*, ò alhaja; quiero decir quando es una la accion, unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. El segundo quando la accion es diversa; pero la cosa, y litigantes son los propios. El tercero quando la cosa es distinta; pero la accion, y litigantes los mismos. El quarto quando la identidad de la accion proviene de una causa

(1) Authent. de Litigiosis, collat. 8. Authent. Litigiosa res, Cod. de Litigiosis. Clementin. 2. Ut lite pendente, y ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 2. n. 23. al 27. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 9. n. 8. Carlev. tit. 2. disp. 1. num. 2.

(2) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 4. §. 3.

(3) Ley Nulli 10. Cod. de Judic. y ley Cognitio 8. § Si plures 1. ff. de Liberali caus. cap. 1. de causa possesion. & propriet. cap. 1. de Sequestrat. posses. & fruct. y cap. 5. de Litis contestation. in 6.

sa, y fuente contra muchos, aunque la persona, y cosa sean diferentes, v. g. la accion de tutela por la qual se procede contra muchos tutores; ò quando los acreedores litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad, y obligacion à favor de todos, ò por la cosa en que son partícipes, ò cada uno por su credito particular, y privativo. El quinto quando la accion, y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados*, ò *mixtos*, por ser actores, y reos todos los litigantes, y son el de *Finium regundorum*, que es sobre deslinde, y amojonamiento de tierras, y terminos, aunque en ellas haya edificios, ò arboles; *Familiæ erciscundæ*, que es sobre division de herencia; *Communi dividundo*, que es sobre particion de la cosa que pertenece à muchos, (de lo qual tratan los titulos 1. 2. y 3. ff. lib. 10. y los 39. lib. 1. y 36. y 37. lib. 3. Cod.) y otros semejantes, que no pueden dividirse commodamente sin dispendio, y vexacion de las partes; y asi se han de tratar ante un Juez, para que viendo à un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar à cada uno el que le toca. Y el sexto quando los juicios son, y se reputan como un genero, y especie, pues no deben dividirse. (1)

204 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos, ò procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El primero, quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion, pues el Juez como que no es interesado, ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. El segundo quando actor, y reo son omnimoda, y absolutamente de diverso fuero, v. g. uno del eclesiastico, y otro del secular. El tercero quando el reo demandado ante el primer Juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion, y beneficio que le competia, excepto que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su justicia, que entonces lo recuperará con este acto. El quarto quando el Juez

(1) Carleval de Judic. tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3 4. y 11. Sr. Salg. Labir. part. 1. cap. 4. §§. 1. 2. y 3. Parlador. lib. 2. y cap. 9. dichos.

Juez no tiene jurisdicion plena para conocer de todo el pleito, ò intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento, v. g. si dos reos, uno clerigo, y otro lego son cómplices en un delito, ò el negocio toca à entrambos, pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdicion sobre los dos: lo qual vi decidido en el Consejo en pleito que seguí. El quinto en las executiones, pues el executante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exaccion de sus débitos, porque los remedios que se dirigen à un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita, ni excluye al otro. El sexto quando los procesos están en diversas instancias, v. g. uno en primera, y otro en segunda, ò tercera. Y el septimo por razon del contrato jurado, pues por el juramento adquiere jurisdicion el Juez eclesiastico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero à fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como queda sentado en el num. 37. mas no seguir por ambos à un tiempo sobre la misma cosa. (1)

205 Pidiendose acumulacion de autos pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores, ha de hacerse al de el Juez que de la causa debe conocer, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno: y si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió à entender en ella, ya fuese à pedimento de parte, ù de oficio. Y lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada, ò eviccion. (2) Previniendo, que con el auto en que se manda al Escribano que vaya à hacer relacion, y con el señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar à las partes, y el que se dé, habiendo, ò no lugar á ella, notificarseles, para que les conste, y usen de su derecho, y estenderlo, el que llamó al otro, y no éste, pues alli se ha de concluir este articulo, como que por ante él, y no por ante el requerido se principió.

206 Y si los autos penden ante dos Jueces, uno mas dig-

(1) Carleval Ubi sup. proxime num. 7. y num. 13. al 19.

(2) Parlador. lib. 2. Rer. cap. 6. num. 7. y 8. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 4. § 1. num. 37. Carleval loco cit. num. penult. y ult.

digno por su graduacion que el otro, v. g. el uno togado, y el otro no, o si ambos lo son, es Consejero el uno, y el otro Alcalde, ù Oidor de Audiencia, o Chancilleria; ò el uno con el honor solo de la toga, y el otro con destino en Tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas digno, que el Escribano del otro juzgado vaya à hacer relacion citadas las partes (aun quando à los del menos graduado se deban cumular) y que se acumulen estos à aquellos, ò al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrahe á sí lo menos digno, y el Escribano del Juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse à ir ante el otro à dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado por el Rey, ò por Tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se le manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, en quanto à la qual es mas que el Juez particular graduado: todo lo qual he visto practicar siempre en esta Corte, y es conforme à razon.

207 Declarando haber lugar à la acumulacion, debe el Escribano à quien se quitan los autos, entregarlos integros, y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero quando no ha lugar à ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde, y como las convenga, no está obligado à su entrega, ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha à la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite, (1) y que à este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos à la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente à verlos corregir, y concertar; previniendo, que en el auto en que se declare haber, ò no lugar à la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que pendian en su

(1) Ley 1. tit. 27. lib. 4. Recop. vers. *Item de qualquiera proceso que se remitiere.* Cur. Philip. part. 1. §. 8. verb. Juicio, n. 11.

su oficio; y si unos, y otros piden ante un Escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud, y à continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner; todo lo qual he visto practicar siempre sin disputa.

208 Excepciones *mere peremptorias* se llaman las que perimen, y extinguen la intencion, y derecho del actor, v. g. la de *non numerata pecunia*: *prescripcion*: *solucion*: *juramento de no pedir la deuda en juicio*: *pacto perpetuo de no pedir*: *simulacion de contrato*: *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase*: *miedo grave que le impulsó à constituir la obligacion*: y otras semejantes, las quales deben oponerse despues de la contestacion, y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal, absolviendo, ò condenando al reo segun los meritos del proceso. (1) El que quiera saber de quantas maneras se comete el dolo, y quando daña, ò no al singular succesor, vea el cap. 2. de este libro, §. 4. num. 244.

209 Se titulan *mixtas*, ò *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias, y peremptorias: v. g. *la cosa juzgada*: *transaccion*: *pleito acabado*: *paga*, *finiquito*, *prescripcion*: y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle, ò no tenerla ya, aunque la hubiese tenido. (2) Pueden oponerse antes, ò despues de la litis contestacion; y à veces no solo antes de ésta en fuerza de dilatorias, ò como mas haya lugar, y puedan contribuir à la justificacion del articulo de no contestar que se forme, sino tambien despues, en caso que el articulo se desprecie, y mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes, sirven para impedir el ingreso, y progreso del juicio; de modo que en caso de estimarse, lo perimen, y se acaba. Y si despues, para elidir,

(1) Carlev. tit. 2. disp. 5. n. 3. y 5. Paz tom. y part. 1. temp. 7. n. 1. Marant. part. 6. membr. 9. Judicii, num. 11.

(2) Cap. 1. de Litis contestat. in 6. & ibi glos. verb. Finita. Carlev. ibi, num. 4. y 27.

dir, y enervar la accion del demandante, que es el primario, y unico fin, y objeto à que se dirigen.

210 Y oponiendose antes, si el reo ofrece probarlas incontinenti, que es en el termino legal, y las prueba, deben difinirse. Lo qual se entiende, à menos que requieran mas escrupuloso examen, è indagacion, por ser intrincadas en el hecho, (que el estimarlas, ò no por tales es arbitrario en el Juez, por no haber texto terminante que especifique quales son,) y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para difinitiva. Y lo mismo se ha de practicar quando se oponen despues de la contestacion como peremptorias. (1)

211 Pero si la duda, y dificultad es de derecho, y no sobre el hecho, deben determinarse incontinenti; lo uno porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere orden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez: y lo otro, porque para el pleito que consiste en mero derecho, no conceden termino las leyes, por no ser necesario hacer justificacion, y estár resuelto en él lo que el Juez debe practicar, y sí solo para el de hecho, de que se duda, à fin de que se pueda probar, y aclarar. Y lo propio debe executarse con las excepciones dilatorias, que tienen su tendencia à los meritos de la causa. (2)

212 Tambien se deben expedir, ò difinir antes de proceder *ad ulteriora* las que miran al proceso, y llaman *emergentes*, ò *incidentes*, v. g. si se ha de conceder, ò no mas termino: recibir, ò no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes. (3)

213 Las excepciones llamadas *prejudiciales* se comprenden entre las dilatorias, y en su genero, y clase, y son de dos: unas *absolutamente*, y de *per se prejudiciales*, y otras *respective*. Las primeras son las que se objetan, y proponen sobre causa muy grave, y de gran perjuicio, v. g. sobre el estado de libertad, servidumbre, è ingenuidad

(1) Bart. in leg. 4. §. Condemnatum 6. & ibi Alex. ff. de Re judicat. Marant. part. 6. tit. de Exception. num. 14. al 16.

(2) Dicho cap. 1. de Litis contestat. Carlev. disp. 5. dicha n. 4. y 12. al 17. y 22. al 26.

(3) Carlev. ibi, num. 18.

dad de alguno: si es, ò no hijo de quien se dice: si el parto es, ò no verdadero: y otras semejantes, las quales son prejudiciales de *per se*, por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *prejudiciales*, quando el hijo dice que no está baxo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia à su padre: ò el vasallo à su señor, ò el Monge à su Abad: y estos por la *accion prejudicial* deben ser compelidos à obedecer à sus respectivos superiores: de cuyas acciones hablan el §. *Præjudiciales*, *Institut. de action.* su glosa, y otros textos.

214 Y las prejudiciales *respective* son las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo qual sucede de diversos modos: El primero quando se intentan dos, una principal, y otra accesoria, pues aquella perjudica à ésta, porque se trata primero de ella. El segundo por razon de su contrariedad, v. g. quando se instaura una, y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que causa à la otra. El tercero por la de mayoría, y preeminencia, v. g. quando se intentan dos civiles, una particular, y otra universal, pues aquella cede à ésta, porque el juicio universal como mayor prefiere al particular: ò quando la una es civil, y la otra criminal, y ésta absorve en sí à aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal, por ser de mayor autoridad, perjudica el curso de la otra. El quarto por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trate de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. El quinto quando alguno intenta la accion *familiæ erciscundæ*, diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica à la accion intentada. El sexto quando intenta la de *communi dividundo*, y se le niega ser comun la cosa, cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño, ò partícipe en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que obtenga en juicio pasar à dividirse. El septimo quando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ò contra el fiador simple, porque si le opone la excepcion de la excusion en

el principal obligado, debe hacerla primero, y ésta perjudica à la otra accion. El octavo quando se opone al actor la excepcion de excomunion mayor, de la qual se debe conocer antes que del principal negocio. Y el noveno quando no tiene accion, ò no legitima su persona, ò se excepciona contra la del Juez por incompetencia, ò sospecha; de suerte, que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ò por via de excepcion, de la qual deba tratarse antes que de la del actor, se llama *prejudicial*, porque detiene, y perjudica su curso, y conocimiento. (1)

215 Aunque por el derecho de las Partidas (2) se ordena que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige à diferir el pleito con las excepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle termino para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, proceder *ad ulteriora*: pero por derecho posterior se prescribe el en que debe ponerlas, por lo que existiendo el demandado dentro de la jurisdicion, ò territorio del Juez, de cuya orden se le emplazó, le concede nueve dias continuos, y peremptorios (contados segun la inconcusa práctica de los Tribunales, desde el de la citacion, ò emplazamiento exclusive) para oponer, y justificar las excepciones dilatorias; (3) y pasados no se deben admitir *en calidad de tales*, ni por via de restitucion del privilegiado à quien competa, à menos que de su inadmision se le irrogue grave detrimento, ò que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces, precedida su inspeccion por el Juez, puede admitirlas. (4) Pero si existe fuera de la jurisdicion, se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del ultimo, y peremptorio termino, que el Juez con consideracion prudente à la distancia le asignó para comparecer. (5) Y

(1) Maraat. part. 4. distinct. 20. per tot.

(2) Ley 9. tit. 3. Partid. 3. verb. Otrosi decimos.

(3) Ley 1. tit 5. lib. 4. Recop.

(4) Gutierrez lib. 1. Practic. quæst. 52 num. 34. y quæst. 53. num. 1. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 4. n. 57. Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 3. Partid. 3. glos. 5. verb. Non debe ser oido. Ciriac. controvers. 383.

(5) Dicha ley 1. tit. 5. ibi. *Contados del fin del termino de la carta de emplazamiento.*

216 Y para alegar, y oponer las *peremptorias*, *y prejudiciales* de qualquier calidad que sean, le prefine otros veinte dias, los quales (por ser *otros*, segun se explica la ley) empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar, y probar las dilatorias, y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure asi, y que hasta entonces no llegaron à su noticia; en cuyo caso no probandolas en el termino que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado, durante su retardacion, sin esperar à la difinitiva; y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno. (1)

217 En la instancia en que se opusieron alguna, ò algunas excepciones dentro del competente termino, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella; excepto que el que la opone, pueda justificarla por escritura pública, ò confesion de la parte adversa: (2) ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto, quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella, à causa de ignorarla; y asi se practica.

218 No milita lo expuesto en el numero inmediato para con los que gozan del beneficio de la *restitucion in integrum*, porque estos la tienen para poner, y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez, y no mas, con tal que sea antes de la conclusion para difinitiva; pues en otros terminos no se les ha de otorgar sin que primero se obliguen à pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas. (3) Y se previene que el Juez debe suplir de oficio la excepcion

(1) Ley 1. cit. cap. 4. de Exception. cap. 11. de Rejudicat. Sr. Covar. Pract. cap. 26. n. 2. Parex. de Edition. tit. 4. Resolut. unic. num. 49.

(2) Ley 5. cerca del fin tit. 5. lib. 4. Recopil. Vela dissert. 41. n 25. Sr. Salgad. de Reg. protect. part. 2. cap. 18.

(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 4. Recop. y ley final, Cod. Si sæpius in integrum restitutio. Hermosill. en la 36. tit. 5. Partid. 5. glos. 12.

cion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; pero si consiste en hecho, la es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de qeu dimana, sin ser necesario expresarla. (1)

§. V.

DE LA CONTESTACION DE la demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué termino debe hacerse.

219 LA contestacion en los juicios es respuesta asertiva, ò negativa que da el reo à la demanda del actor. (2) Es el fundamento, basa, y piedra angular del juicio, y tan substancial, y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el proceso, y juicio. (3) Y puede hacerse *expresa*, *ò tacitamente*: expresamente, quando el reo comparece en él por sí, ò por su Procurador con poder bastante, y responde à la demanda, confesandola, ò negandola: y tacitamente, quando por su contumacia, ò rebeldia se declara por contestada, conforme lo ordena la ley. (4)

220 Muchos efectos produce segun derecho la litis contestacion. El primero es que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, dejar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; ni al contrario éste contra la de aquel

(1) Parlador. lib. 2. Rer. cap. 10. n. 8. al 10. Vela dissert. 49. n. 104. Parex. de Edition. tit. 1. resolut. 1. § 3. n. 2. y tit. 2. resolut. 7. n. 61. Jul. Capon. tom. 3. discept. 205. n. 1. Fontanel. decis. 193.

(2) Ley 1. tit. 10. Partid. 3. y ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. Carlev. tit. 2. disp. 4. num. 3. al 5.

(3) Glos. in cap. Quoniam, de Probat. verb. Responsiones, & in cap. De causis, de Offic. delegat. Sr. Greg. en la ley fin. tit. 10. Partid. 3. glossa 4.

(4) Dicha ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop.

aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa à casi contrato que se celebra entre los litigantes segun tres célebres textos; (1) lo qual antes de hacerla es permitido, y se practíca. El segundo es cerrar la puerta, è impedir que se opongan la declinatoria de fuero, y demás excepciones dilatorias, y quedar sujeto el reo al Juez, y obligado al actor. El tercero es interrumpir la prescripcion de la accion, aunque se haga ante Juez arbitro. El quarto constituir en mora, y de mala fé al reo en quanto à los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en el juicio, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es que siendo válida, se perpetúa la accion personal por quarenta años. El sexto que el Procurador que la hace, se estima dueño del pleito; puede substituir despues como tal el poder que se le confirió; y con él, y no con el dueño se deben entender en aquel juicio todas las diligencias que ocurran mientras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y no mas, pues su execucion ha de ser con el dueño en persona: sobre cuya revocacion de poder, causas por qué puede hacerse, quando espira, y lo que hoy se practíca, vease el capitulo 11. de mi primera parte num. 21. al 23. El septimo, que despues de contestado el pleito se puede proceder à la recepcion de testigos; lo que antes no, excepto en los casos expresados en los numeros 126. al 128. de que tratan las leyes 2. à la 8. del tit. 16. Partid. 3. Y produce otros muchos efectos que explican la 8. tit. 10. de la misma Partida, *Paz in Prax. tom. y part.* 1. *temp.* 6. *num.* 9. *al* 22. *Carlev. de Judic. tit.* 2. *disp.* 1. *num.* 11. *y* 12. y otros Autores que citan.

221 Debe contestar el reo la demanda ante el Juez, y Escribano de la causa, si pueden ser hallados, y si no, ante otro Escribano, y testigos con palabras claras, y terminantes dentro de los mismos nueve dias siguientes al de

(1) Ley Licet prætor 3. §. Idem scribit, ff. de Peculio, & ibi glos. verb. *judicio contrahi* Auth. Qui semel, Cod. Quomodo & quando judex, y cap. Causam, quæ. 3. de Dolo, & Contumacia.

de la citacion, ò emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias; los quales corren de momento à momento, aunque sean *feriados*, *ò colendos*, por lo que en éstos, y aun de noche se puede hacer, ya esté presente, ò ausente el actor, y no contestandola en ellos, la há la ley por contestada, y al reo por confeso en pena de su contumacia, ò rebeldía. (1) Y si el pleito es sobre alcabalas, ha de hacer la contestacion dentro de tres dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda. (2)

222 Y aunque la malicia de los que conspiran à la dilacion, y à vexar à sus contendores, ha querido introducir que solo se cuente qualquiera termino desde que toman los autos, y si se les notifica algun traslado, no los toman hasta el ultimo dia en que ya debian evacuarlo; de modo que los tres dias que para responder à él, tienen regularmente, hacen que sean nueve, ò mas, con lo que irrogan notables daños à sus colitigantes: no se debe permitir esta iniquidad, y asi se ha de contar qualquiera termino desde el dia de su notificacion exclusive, y si en el en que espira, toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el adversario à su debolucion, se le debe dar el apremio, y de ningun modo contribuir el Juez, ni Escribano à que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que apetecen, y preceptúan justamente la brevedad en los pleitos, se dilaten, y causen gastos, y extorsiones à los que proceden de buena fé, lo que prevengo al Escribano para el cumplimiento de su obligacion.

223 Para haber al reo por contumáz, son precisas dos cosas segun la inconcusa práctica de los Tribunales, una, que el actor le acuse la rebeldía, y otra, que el Juez lo declare; (3) por lo que si muere antes de la contestacion, no se transmite la pena de contumacia à sus herederos; y si despues, se debe hacer saber à éstos el estado

(1) Leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 4. Recop. Acev. en dicha ley 1. n. 39.
(2) Ley 5. tit. 7 lib. 9. Recop.
(3) Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 8. n. 76. Parex. de Edition. tit. 6. resolut. 7. n. 27. Vela dissert. 39. num. 13.

do de los autos para que salgan à su defensa, elijan otro Procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará; y por lo propio aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los veinte dias siguientes al de la contestacion las excepciones peremptorias. (1) Pero si no quiere contestar porque el Procurador del actor no legitíma su persona, no está obligado à ello, ni se le debe tener por confeso, ni el Juez proceder à la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion. (2)

§. VI.

DE LA RECONVENCION, Y SUS efectos: dentro de qué termino debe hacerse, y ante qué Jueces; y en qué causas há, ò no lugar.

224 COmo muchas veces competen à los demandados no solo excepciones para enervar, y elidir las pretensiones de los demandantes, sino acciones para reconvenirlos, y por evitar los gastos en nuevos pleitos, ò acudir ante sus Jueces privativos, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio, y el Escribano deseará saber si podrán, ò no practicarlo: para que se tinture de esta materia, en cuya explicacion están sumamente escasos, y esteriles nuestros Autores latinos, y castellanos, la dividiré en cinco puntos: en el primero trataré de la reconvencion, y quién puede, ò no hacerla. En el segundo de sus efectos. En el tercero, en qué tiempo se debe hacer. En el quarto, qué Jueces pueden,

(1) Paz in Prax. tom. y part. 2. temp 6 n. 29. y 46. al fin.

(2) Gutierrez lib. 1. Practic. quæst. 49. Dieg. Perez en la ley 1. tit. 4. lib. 3. Ordenam. Roland. consil. 31. n. 6. y 7. Parex. tit. 6. resol. 2. n. 1. Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 9.

den, ò no conocer de ella. Y en el quinto, en qué causas há, ò no lugar. Digo pues al primero, que la reconvencion *es mutua peticion, ò nueva demanda que el reo pone al actor en vista de la que éste le puso.* (1) Puede hacerla el que tiene potestad de comparecer en juicio, no habiendo expresa prohibicion; pero no se permite al actor que demande segunda vez, ò reconvenga en aquel juicio al reo que le reconvino, (que es reconvencion de reconvencion) porque sería proceder à infinito, por lo que está reprobado por derecho; (2) ni al reo excomulgado que reconvenga al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar, y defenderse, pero no para intentar accion, qual es la reconvencion. (3)

225 Tampoco se permite al reo que reconvenga al actor por lo que le debe, quando le demanda en nombre de otro, v. g. el tutor que le pide lo que está debiendo à su pupilo; el Clerigo como administrador de su Iglesia &c. pues no puede reconvenirlos por su propio debito; ni se le debe admitir, porque para que haya lugar la reconvencion es preciso que proceda por hecho, y derecho privativo, y no por el ageno, como el tutor, Procurador, ò apoderado, por no ser entonces verdaderos demandantes, sino los sugetos à quienes representan, y cuyas veces hacen; (4) y quando el derecho establece alguna cosa acerca de la causa que se controvierte, ò ha de controvertir entre dos, se entiende en el caso de que procedan en su mismo nombre, y no en el de otro. (5)

Se

(1) Ley Cum Papinianus 14. y Authent. Et consequenter, Cod. de Sentent. & interlocutionib. y ley 22. ff. de Judic. cap. 1. de Mutuis petition. y cap. 3. de Rescript. lib. 6.

(2) Cap. Cum in multis, de Rescript. in 6. & ibi glos. Specul. tit. de Reconvention. §. Nunc dicamus, n. 13. Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. n. 19. Murill. Decretal. lib. y tit. cit. num. 54. Cur. Philip. part. 1. §. 15. n. 9. al medio.

(3) Cap. Cum inter 5. y cap. Exceptionem 12. de Exception. Reinfestuel ibi, num. 18.

(4) Dicha Authent. Et consequenter, y cap. 1. y 2. de Mutuis petitionibus.

(5) Ley Quæsitum, ff. de In jus vocand. ley Lis nulla, & ibi glossa, ff. de Judic. ley Furti, §. Aliena, y ley Servus, ff. de His qui notant. infam. Cancer. part. 2. Var. cap. 13. num. 22. al 26.

226 Se diferencia la reconvencion de la excepcion, en que por ésta nada se pide al actor, y solo se dirige à enervar, y excluir su accion, y demanda; (1) pero por la reconvencion se le pide otra cosa; bien que à veces tiene vigor de excepcion, si se opone para perimir la convencion, v. g. quando ésta, y la reconvencion miran à la misma cosa, en cuyo caso las pretensiones de ambos contendores son directamente contrarias, y la reconvencion tiene fuerza de excepcion, y defensa. (2) Igualmente se diferencia de la compensacion, en que ésta para que se admita, ha de ser de deuda líquida, y confesada, y no de otra suerte; pero la reconvencion se puede hacer no solo de lo que se debe, y no está líquido, ni cierto, (por lo que en este caso es preparatoria para pretender la compensacion) sino tambien de lo que lo está, y asimismo de otra cosa, y especie del todo diversa de la que se demanda, como diré en el num. 244; lo qual no sucede con la compensacion, (3) segun mas latamente explicaré en el cap. 2. de este libro §. 4. num. 188.

227 Al segundo punto, digo que al modo que la prevencion legitima de jurisdicion surte tres efectos, el uno de que se perpetúe la del delegado: (4) el otro de reunir, refundir, y consolidar en un solo Juez la que tienen igualmente muchos competentes, y apropiarsela de tal suerte que en lo succesivo ninguno mas que él conozca de aquel negocio, y queden inhibidos los otros: (5) y el otro de que hecha la prevencion por la legitima citacion, ya no pueden actor, ni reo contra la voluntad del uno mudar su fuero, antes bien están obligados à seguir la causa incoada hasta su final decision ante el Juez que previno su co-

no-

(1) Ley 2. ff. de Exceptionib.

(2) Bald. & Alex. in leg. Viro, ff. Solut. matrimon. Cancer. ibi, num. 36.

(3) Doctor. in Authentic. Et consequenter. Cancer. ibi, n. 28. al 31. Salicet. in leg. Neque scriptura, al fin, Cod. de Compensation.

(4) Legistæ in leg. Et quia 6. ff. de Jurisdiction. omnium judic. Doctor. in cap. Relatum 19. in cap. Gratum 20. & in cap. Licet undique 30. de Offic. delegat.

(5) Ley Cum quædam 19. ff. de Jurisdiction. omnium judic. ley Si quis postea 7. ff. de Judic. y cap. Proposuisti 19. de Foro competent.

nocimiento, sino desisten de su prosecucion, aunque el uno adquiera nuevo fuero, ò privilegio: (1) del mismo modo la propia, y verdadera reconvencion causa quatro: el primero hacer que la convencion, ò el proceso sobre la causa principal se siga juntamente con ella, y que ambas sin embargo de ser diversas, y desiguales, se igualen, y determinen, à un propio tiempo, y en una sentencia, bien que por su orden, aunque la reconvencion sea mayor. El segundo dar, y prorrogar por derecho la jurisdicion del Juez que conoce de la convencion, ò negocio principal, (2) no obstante que no intervenga consentimiento de los litigantes. El tercero que no esté obligado el reo à responder à la convencion, si el actor no quiere contestar su reconvencion, pues entrambas se han de tratar simultaneamente, y la condicion de los dos debe ser igual. (3) Y el quarto es ser adequativa de ambas causas, de tal suerte que el modo de proceder que se observa en la una, se debe observar en la otra. (4)

228 Esta prorrogacion de jurisdicion se puede verificar asi de parte del demandante como del demandado: del demandante, quando conviene al demandado ante Juez que no es suyo, y éste no declina fuero, antes bien reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente, y le prorroga la jurisdicion. De parte del demandado, quando el demandante le conviene ante su propio Juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder à la reconvencion. (5)

229 Se verifican juntos à veces en los juicios los dos pri-

(1) Ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. y leyes, y cap. proxime cit. & ibi DD. Carlev. tit. 1. disput. 2. num. 898. 899. y 906.

(2) Ley 32. tit. 2. Partid. 3. verb. La trecena es: ley 20. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Partid. dicha cap. 1. y 2. de Mutuis petition. Marant. part. 4. distinct. 6. tit. Judicium conventionale, n. 7. 8. y 10. al 12. Carlev. tit. 2. disp. 7. n. 3. y 4.

(3) Dichos cap. 1. y 2. de Mutuis petition. y cap. ult. §. fin. de Juram. calumn.

(4) Arg. dicho cap. 2. & ibi Abb. n. 2. Reinfestuel lib. 2. tit. 4. §. 3. num. fin.

(5) Marant. distinct. 12. tit. Judicium ordinar. & prorrogat. n. 17. Bald. in Authent. Et consequenter, col. 2. Cod. de Sentent. & interlocutionibus.

primeros efectos de la reconvencion, y à veces solo el segundo. Juntos quando la convencion, y reconvencion caminan à igual paso, pues entonces se siguen à un propio tiempo, y deben determinar en una sentencia por el orden explicado. Y el segundo quando la convencion requiere brevedad, por ser sumaria, y la reconvencion prolixo examen, y discusion, por ser plenaria, y no estár liquida, ni poderse liquidar, ni probar con tanta celeridad, y prontitud, pues en este caso el Juez que conoce de la convencion, proseguirá conociendo de la reconvencion; y asi debe proferir sobre cada una su sentencia en su respectivo tiempo, y no aguardar à que se liquide, y pruebe la reconvencion para decidir sobre la convencion, porque en esto injuriará al actor,

230 No puede escusarse el actor de responder ante aquel Juez à la reconvencion del reo en los casos en que ésta se admite, por no repugnar à la naturaleza, y qualidad de la causa, porque *ex necesitate juris* se le prorroga la jurisdicion, siendo prorrogable, y no le protege el privilegio que tenga; y si se escusa à ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion, ò demanda, como à contumáz; al modo que si el reo no quiere contestar ésta, se le ha por confeso *ipso jure*: y la razon legal es, porque asi como quiso obtener justicia en aquel juicio ante el Juez que eligió contra el reo; asi tambien está obligado à responder à la reconvencion de éste ante el propio Juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinarse à su favor, sufra que determine contra él. (1)

231 En las causas civiles milita, y procede lo explicado en el numero inmediato en tanto grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su Juez, sea Clerigo ordenado *in sacris*, y el reo le oponga la reconvencion por via de excepcion, y defensa, ò por via de accion, debe responder à ella ante el mismo Juez, como se prueba de

(1) Ley 20. al fin tit. 4. y ley 4. tit. 10. Partid. 3. ley Cum Papinianus, y Authent. cit. Canon, Accusatore 3. quæst. 8. y ley Qui non cogitur 22. ff. de Judic.

de la ley 57. tit. 6. Partid. 1. ibi: *Mas si el Clerigo demandare alguna cosa al lego temporal; tal demanda como ésta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleito se acabase, el lego à quien demanda, quisiere facer otra demanda al Clerigo su demandador, alli debe responder por aquel mismo juicio, è non se puede escusar por la franqueza que han los Clerigos por razon de la Eglesia.* Porque la reconvencion no es propiamente convencion como la del actor, en cuya potestad, y arbitrio está el demandar quando quiera al reo, (1) sino convencion mutua de que éste usa para su defensa, y para que la accion intentada por aquel no le dañe en mas de lo justo. (2)

232 Pero se exceptúan tres casos, en los quales no podrá el lego demandado reconvenir al Clerigo demandante ante el Juez secular. El primero, si la reconvencion es de cosa espiritual, ò anexa à ella, pues no se le debe admitir, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, mas no el de la causa, de que el Juez no puede conocer por falta de jurisdicion, no obstante que las partes lo consientan. (3) El segundo, quando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque éste lo intente civilmente, (4) pues milita la propia razon. Y el tercero, quando el lego injurió al Eclesiastico, ò le hizo daño, ò hurtó alguna cosa con animo deliberado de que éste le demandase ante su propio Juez por la injuria, ò delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, porque la maquinacion, y afectacion como dolosas están reprobadas, y no aprovechan à su Autor; à mas de que si en tal caso se permitiera la reconvencion, ò se ofendieran impunemente con daños, y contumelias el Clerigo, y el lego; ò estaría en el arbitrio del uno sujetar al otro à la jurisdicion del Juez que

(1) Ley Pure, §. fin. ff. de Doli mali exception.

(2) Reinfestuel. lib. 2. tit. 4. §. 2. num. 31. y 34.

(3) Cap. Tuam, de Ordin. cognition. cap. Lator, qui filii sint legitimi, y glos. in cap. Cujus agendo 3. quæst. 3. Cancer. part. 2. dicho cap. 13. num. 58. y 59.

(4) Cap. unic. de Cleric. conjugat. in 6. Cancer. ibi n. 60. Reinfestuel ibi, num. 22.

que no era suyo, por medio de la injuria. (1) Otros casos en que el Clerigo no puede ser reconvenido en el propio juicio por el lego, trahe *Jacobo Pignateli* tom. 3. consult. 27. y tom. 9. consult. 23. à quien podrá ver el aplicado para su radical instrucion.

233 Al punto tercero digo, que aunque segun derecho canonico se puede proponer la reconvencion en qualquier estado del juicio de convencion para en quanto à surtir el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta; (2) y segun el comun antes de la contestacion, ò poco despues; (3) pero por el real nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos veinte dias en que ha de proponer las excepciones peremptorias, y pasados, no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno. (4) De ella, y de éstas se debe conferir traslado al actor, al qual para responder à las excepciones concede seis dias, y para la reconvencion si la hay, excepcionar, replicar, y presentar escrituras que la enerven, nueve mas, (5) contados unos, y otros (segun se practica) desde el de la notificacion del traslado exclusive; pues corren de momento à momento, aunque sean colendos. De modo que segun nuestro derecho tiene el reo nueve dias solos para contestar la demanda, y poner las excepciones dilatorias, y despues de contestada puede proponer las peremptorias, y la reconvencion dentro de los veinte siguientes, y pasados no se le debe admitir ésta: y al actor concede seis dias para satisfacer à las

(1) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. ley Spadonem, al fin, ff. de Excusation. tutor. y ley Sed & qui data, ff. Ex quibus caus. majores. cap. Relatum, §. Ad hoc, de Jure patronat. cap. Sedes 15. y cap. Ex tenore 16. de Rescript. Marant. tit. Judicium conventionale cit. n 53. al 55. Sr. Greg. Lop. en la ley 57. inserta, glos. 4. Cancer. ibi, n. 55. al 57. Reinfestuel ibi, num. 35. y 36.

(2) Cap. Dispendia 3. §. Reus quoque, de Rescript. lib. 6. & ibi glos. & Bald. num. 12. Innocent. n. 4. y Franch. n. 5. Canonistæ in clementin. Sæpe, eod. tit.

(3) Legistæ in Auth. Et consequenter, Cod. de Sentent. et interlocutionibus.

(4) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. & ibi Acev. n. 60. Carlev. tit. 2. disp. 7. num. 6.

(5) Ley 2. tit. y lib. dichos.

las excepciones peremptorias, y nueve para responder à la reconvencion.

234 De la réplica del actor, y documentos, ò escrituras que presente en satisfaccion à las excepciones peremptorias, y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado à éste, para que en el termino de otros seis dias responda à ella, presente sus escrituras, y pruebe sus réplicas, ò concluya; pues pasados, no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que de nuevo las hubo, y vinieron à su noticia, en cuyo caso se le permite su presentacion hasta la sentencia difinitiva, y al actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento, ni auto de conclusion se ha de estimar, y tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan. Todo lo qual es conforme à nuestro derecho. (1)

235 Lo que se practíca quando se sigue llanamente el juicio, y no hay articulos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda, y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en éste al mismo tiempo à la reconvencion, si la hay: y el reo otros dos, el uno contestando la demanda, (en el que se ponen la reconvencion, y excepciones peremptorias, sin dar otro para ellas, no obstante lo que indica la disposicion legal) y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ò concluyendo para prueba; bien que en vista de la contestacion, y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar; y ninguna de las partes debe dar mas pedimentos sobre lo principal, pues la ley há el pleito por concluso. Si se forma algun articulo, se dan dos pedimentos acerca de él por cada una el suyo, y del ultimo se comunica traslado al que lo formó, el qual concluye, y decidido, se continúa el negocio principal en caso de que con el articulo no se termine, pues mientras dura éste, debe estár suspenso el curso de aquel.

236 Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvenoion se le comunica, concluye llanamente,

(1) Ley 4. al fin. tit. 16. lib. 2. Recop. ley 2. tit. 5. y ley 9. tit. 6. lib. 4.

te, se estima por lo mismo haber respondido à ella, porque es contumáz, y niega lo perjudicial, y asi debe recibirse à prueba sobre todo. Y si concluye especifica, y señaladamente sobre su demanda, desentendiendose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, el qual (mediante à que la ley (1) por esta omision, y silencio no ha por confeso al actor) ha de pretender que en atencion à no oponer su contendor excepcion que le exima de responder à su reconvencion, se haya ésta por contestada, y los autos por conclusos para prueba, ò para los efectos que haya lugar en derecho; y el Juez ha de declararlo asi, porque aun quando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le prorroga éste la jurisdicion por haberlo elegido para sí, y sujetadose à él. Todo lo qual he visto practicar, y declarar en pleitos que seguí, y en otros, y porque las leyes, y Autores dejaron en silencio este particular, lo he tocado, à fin de evitar dudas al Escribano principiante.

237 Al quarto, digo, que la reconvencion se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal; (2) y asi tiene lugar ante el delegado, quando fue electo à peticion del actor para entender en su negocio, y no de motu propio del Principe, pues en esto no se diferencia del ordinario (3) por la razon que dejo expuesta, y dá la ley 20. tit. 4. Partida 3. al fin ibi: *Cà guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este Juez, que ante él lo faga al demandado.* Lo qual se entiende no solo sobre la accion originada antes de obtener el rescripto para que el delegado conociese de ella, sino despues; à menos que la facultad en él contenida se circunscriba limitadamente à ella, y le prohiba entender en otra. (4) Pero es de advertir que aunque el actor quiera apartarse de la convencion

(1) Ley 3. ò final tit. 4. lib. 4. Recop. Cur. Philip. part. 1. §. 14. num. 10.

(2) Cap. Cujus agendo, caus. 3. quæst. 8. y ley Cum Papinianus al fin, Cod. de Sentent.

(3) Ley 20. tit. 4. Partid. 3. y cap. 1. de Mutuis petition.

(4) Socin. in cap. Ex litteris, de Mutuis petitionib. artic. 4. n. 29. Marant. part. 4. distinct. 6. tit. Judicium conventionale, n. 15.

cion hecha ante el delegado, no puede despues de la reconvencion sin permiso del reo; lo que antes sí, para evitar que éste le reconvenga, (1) el qual si no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar à ello. (2)

238 Tambien há lugar la reconvencion ante los Jueces particulares que tienen algunas personas, v. g. los *Escolares*, quando el actor elige al Juez, porque su jurisdicion es prorrogable, se prorroga por la eleccion, y milita la razon de la ley. Lo qual no sucede quando alguno que tiene dos, ò mas Jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, interpone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir à éste ante él, porque no le eligió. (3)

239 Ante el Juez prorrogado si habrá, ò no lugar la reconvencion, se distingue: ò proviene la prorrogacion de la sumision de uno de los litigantes, ò de la eleccion de ambos: si de la sumision del uno v. g. quando el mayor, è igual se sometió espontaneamente à un Juez, demandando ante él à su contendor, há lugar entonces, porque por el hecho de someterse à su jurisdicion es visto que no solo lo elige para sí, sino contra sí; por cuya razon no se debe desdeñar de que asi como conoce à su favor, conozca en contra. Pero si es electo de unanime consentimiento de los dos, no há lugar, porque à mas de no militar la razon legal expuesta, se entiende haberlo elegido solamente para conocer de la convencion, (4) excepto que conste lo contrario.

240 No puede ser reconvenido el actor ante el arbitro voluntario electo de comun consentimiento de los contendores, porque carece de jurisdicion, y solo tiene cierta nocion, ò conocimiento arreglado à la mera facultad dada por

(1) Cancer. dicha part. 2. y cap. 13 n. 37. y 38. Marant. ibi, n. 13. al 19. Socin. ibi, n. 22.

(2) Ley unica, Cod. Ut nemo invitus. Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. num. 3.

(3) Marant. loc. cit. num. 28. al 31.

(4) Glos. Bart. & DD. in leg. Est receptum 14. ff. de Jurisdiction. omnium judic. Marant. ibi, num. 23.

por las partes, que no puede exceder de los terminos del compromiso, por lo que cesa la razon legal. (1) Pero bien puede serlo ante el *arbitro juris* electo por necesidad de la ley, ò estatuto para ciertas causas, (que es quando la ley manda que ciertos negocios se comprometan) con tal que lo sea para toda la causa, y no para un solo articulo, v. g. para conocer de la sospecha, por que se recusa al Juez: y la razon es, porque estos árbitros son electos de necesidad por precepto de la ley, por la qual tienen jurisdicion, que ni bien es ordinaria, ni delegada; pero como tercera especie participa de ambas. (2)

241 Tampoco há lugar la reconvencion ante el Juez de apelacion; lo primero, porque el apelante no recurre à él por su voluntad, y eleccion, sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia difinitiva. Lo segundo, porque la apelacion sirve unicamente para reparar el gravamen irrogado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la litis contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de ésta la reconvencion, tampoco puede tenerlo ante el Juez referido, à lo menos para que surta el efecto de tal. Y lo tercero, porque este Juez no puede conocer de otra cosa que de la de que se conoció en primera instancia. Y si la apelacion fue de alguna providencia interlocutoria antes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdicion los autos, antes bien los debuelve al inferior; pero si los revoca, y los retiene, habrá lugar ante él. (3)

242 En quanto à si el Juez diputado para conocer de cier-

(1) Ley Notionem, & ibi glos. ff. de Verbor. signification. ley Non distinguendum, §. de Officio, ff. de Recept. arbitr. y cap. Cum dilectus, extra de Arbitr. Bart. in Authent. Et consequenter, al fin. Speculator in tit. de Reconventione, §. 1. Reinfestuel ibi, n. 16.

(2) Abb. in dict. cap. Cum dilectus, col. 3. Marant. ibi, n. 20. al 22. Reinfestuel ibi, num. 17.

(3) Cancer. part. 2. y cap. 13. dicho n. 61. al 63. Marant. tit. cit. n. 24. al 27. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1175. y tit. 2. disp. 7. num. 8.

cierta especie de causas puede entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, v. g. civil, ò criminal, liberal, ò de mayor suma; se distingue: si no tiene potestad para conocer de alguna por el privilegio del litigante, pero éste lo eligió, habrá lugar la reconvencion, porque se verifica la razon de la ley; pero no habiendolo elegido, no: y asi el Clerigo que elige al Juez secular para demandar al lego ante él, puede ser reconvenido por éste en el mismo juicio, como con legal apoyo queda sentado en el num. 231. lo que en otros terminos no podia practicar por defecto de jurisdicion del Juez. (1)

243 Y si no tiene potestad para conocer por el privilegio de la misma causa, porque su jurisdicion es limitada à ciertas, y de determinada especie, y suma, y no se amplía à otras de mayor suma, y especie diversa, se subdistingue: siendo la causa de reconvencion de la misma especie que la de convencion, y diferenciandose solo en la cantidad, há lugar la reconvencion, porque por ser de la propia especie, se prorroga accesoria, è incidentemente la jurisdicion del Juez; pero siendo de diversa, no, v. g. la convencion de cosa profana ante el lego, y la reconvencion de la espiritual ante el mismo, ò la convencion criminal ante Juez que solo puede entender en causas criminales, y la reconvencion civil ante el propio; y en otros casos semejantes, de lo qual conciliando, y aclarando las opiniones, trata latamente Maranta. (2)

244 Y al quinto, y ultimo punto digo que la reconvencion há lugar en qualquiera causa, en que su naturaleza, y qualidad no lo repugnan, ò no hay prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso genero, v. g. la convencion por la accion *ex empto*, y la reconvencion por la de *mutuo*: y la una proceda de accion real, y la otra de personal: ò ambas sean sumarias, ò plenarias: ò una

(1) Glos. 2. in Authent. Et consequenter. Marant. ibi, num. 32. Bald. in leg. Quoties, Cod. de Judic.

(2) Marant. ibi, n. 33. al 36.

una sumaria, y otra plenaria: (1) y deben caminar à igual paso; substanciarse à un propio tiempo; y definirse en una sentencia. Lo qual se entiende, à menos que la una exija celeridad, y la otra no pueda liquidarse con tanta, pues entonces la de reconvencion surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicion, (2) porque de lo contrario se irrogaría perjuicio al actor en la dilacion.

245 Há lugar asimismo la reconvencion en las causas executivas, quando ella lo es tambien, y se puede liquidar, y decidir al propio tiempo que la convencion, porque como ambas tienen igual vigor, no impide la una el curso, y pronta expedicion de la otra. Pero no quando no pueden liquidarse, porque el instrumento executivo en quanto à poderse despachar execucion en su virtud, es semejante à la sentencia, tiene su vigor, y se equiparan; y como despues de ésta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna al segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicion, porque versa la razon legal expuesta. (3)

246 Igualmente há lugar en las sumarias; y quando se implora principalmente el oficio del Juez, porque la imploracion sucede en lugar de accion. Mas no quando ésta se hace por incidencia, ò por modo de acto extrajudicial: ni quando la una es sumaria, y la otra plenaria, sino en quanto al segundo efecto, à menos que ésta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella; ò que el actor lo consienta: (4) ni en las de deposito, porque estas son privilegiadas por la exuberante buena fé que en ellas debe ha-

(1) Ley 1. §. fin. ff. de Extraordin. cognit. y ley Nec non 28. §. 2. ff. Ex quibus causis major Clementin. 2. de Verbor. significat. Marill. lib. 2. Decret. tit. 4. n. 55.

(2) Cancer. part. 2. y cap. 13. cit. num. 50. al 52.

(3) Carlev. tit. 2. di p. 7. n. 9. 10. 11. y fin. Cancer. ibi, n. 39. al 44. Marant. ibi, n. 39. al 41. Acev. en la ley 1. tit. 5 lib. 4. Recop num 68.

(4) Ley Quintus, ff. de Annuis legat. cap. fin. de Offic. judic. Marant. ibi, num. 36 al 38 Jason in leg. 1. col. 7 ff. de Jurisdiction. omnium judic. Bald. in leg. Sed hæ, §. Non solum, ff. de Procurator. Socin. consil. 167. col. fin. vers. Secundo concludo: vol. 2.

haber, y asi ninguna excepcion, ni compensacion admiten, pues lo líquido no se debe retardar por lo iliquido, y si se proponen, servirán unicamente para la prorrogacion de jurisdicion: (1) ni tampoco en las de apelacion, por los motivos en el num. 241. expuestos.

247 En las criminales para explicar con claridad quándo habrá, ò no lugar la reconvencion, se distinguen quatro casos: el primero, si el acusado criminalmente quiere reacusar de otro delito mayor al acusador ante su Juez, ò de otro que tenga conexion con él, puede, y entonces há lugar la reconvencion; mas no de otro igual, ò menor, à menos que sea por su injuria, ò por la hecha à sus parientes, segun en los num. 94. y 95. queda sentado: ò que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya: ò que el acusado se liberte principalmente por la reacusacion del delito que se le imputa. (2) Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria, ò por la de los suyos: ò el Juez carece de jurisdicion para proceder contra el acusador, v. g. por ser Clerigo; ò para conocer de causa criminal, no há lugar entonces: y la razon es, porque el que contiende criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa, ò injuria que recibió, y no de voluntad como en lo civil, en que no media, ni se interesa su honor; y asi no se prorroga la jurisdicion al Juez en aquello como en esto; excepto que el acusador impetre letras para conocer contra el acusado, pues en este caso habrá lugar la reconvencion, porque es visto haberlo buscado para sí, y contra sí, y versa la razon legal. (3) El segundo, si el acusado criminalmente quiere reconvenir civilmente al acusante, no puede, porque éste lo hace por necesidad, y asi la causa criminal se seguirá so-

(1) Cap. 2. de Deposit. ley 11. Cod. y ley 31. ff. eod. tit. Marant. ibi, num. 39. Bald. in leg Si quis, Cod Depositi.

(2) Leyes 1. y 19. Cod. de His qui accusar. ley 14. §. 6. ff. de Bonis libert. ley 5. ff. de Public. judic. y ley 4. tit. 1. Partid. 7. Marant. tit. cit. num. 56. y 57.

(3) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. Marant. ibi, num. 60. y 61. Gr. Greg Lop. en la ley 57. tit. 6. Partid. 1. glos. 4. vers. Item est.

sola: (1) sobre lo qual vease lo explicado en los num. 85. y siguientes, pues no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez, y demás razones en dichos numeros expuestas. El tercero, si el convenido civilmente quiere reconvenir criminalmente al actor, puede, siendo el Juez competente de éste, y no de otra suerte; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor, y prejudicial à la accion civil; (2) y acerca de esto vease lo sentado en el num. 83. y siguientes. Y el quarto, si el acusado civilmente quiere reacusar del mismo modo al actor ante su Juez, puede, porque como es accion criminal intentada civilmente (que es por el interés, y no por la injuria) versa la razon de la ley; pero si no es Juez suyo, no se le permite, porque el acusador, ò actor lo elige de necesidad por el delito contra él cometido, y no de voluntad, y asi cesa la razon legal. (3)

248 En las causas posesorias para saber quándo habrá, ò no lugar la reconvencion, tengo por conveniente explicar primero al Escribano principiante *quántos juicios posesorios hay. Qué interdicto, accion, ò remedio compete al despojado. Quándo puede intentarlo; contra qué personas; y à quales no compete.* Y en exposicion de estos puntos muy utiles para su instruccion, digo que los juicios posesorios son tres: *recuperandæ*, *retinendæ*, y *adipiscendæ*: (4) el juicio *recuperandæ*, ò *reintegrandæ* es sobre recuperar el despojado la alhaja, ò alhajas que poseía, y se le quitaron por fuerza, ò clandestinamente, sin oírle, ni vencerle en juicio. El *retinendæ* es sobre conservar, y mantenerse en la posesion que tiene. Y el *adipiscendæ* es sobre conseguir la de que carece: de los quales, à qué personas competen, quiénes son los legitimos contradictores, y de otras cosas concernientes, tratan

(1) Ley final, Cod. de Ordin. judicior. Bart. in Authent. Et consequenter, col. 3.

(2) Dicha ley fin. Bart. in Authent. cit. Marant. ibi, n. 66. y 67.

(3) Ley Cum Papinianus, y Authent. Et consequenter cit. Marant. ibi, n. 68. Bart. ibi Alb. in cap. 1. col. 12. in fin. extra, de Mutuis petition.

(4) Ley 2. §. Hæc autem interdicta, ff. de Interdict.

tan con suma claridad, y extension *Gomez* en la ley 45. de Toro desde el num. 127. y otros varios Autores, cuya pericia no es necesaria al Escribano, y por eso omito su explicacion. Tambien hay *juicio petitorio*, que es sobre la propiedad, dominio, ò quasi dominio de la alhaja, como sentè en el num. 11.

249 Es constante que al que está en posesion de alguna alhaja, ò finca raíz, le debe conservar, y mantener en ella el Juez, y no quitarsela, sin que primero sea oído y vencido en juicio, y no vale la Real Cedula que en contrario se expida, (1) porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee: (2) y asi incumbe la prueba à su adversario, el qual si no la hace en bastante forma, se debe conceptuar, y estimar al otro por poseedor, aunque para ello ningun titulo tenga. (3)

250 Pero esto se entiende quando es poseedor de buena fé, y no despojó al otro clandestinamente, ni por fuerza de la alhaja, porque si le despojó de esta suerte, compete no solo al despojado, sino à sus herederos, y succesores el remedio de la previa restitucion, de que trata el interdicto *Unde vi*, para recuperar su posesion; con arreglo al qual justificando el despojo, debe ser restituído à ella ante todas cosas, sin citar al despojador, aunque quiera probar, ò pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho, para que lo deduzca en el juicio correspondiente, que es el petitorio: (4) y asimismo debe ser restituído à la plena libertad que tenia, sin embargo de que no la poseyese; de modo, que si de él

(1) Ley 1. ff. Uti possidetis, y ley 2. tit. 13. lib. 4. Recop.

(2) Ley 128. ff. de Regul. jur. ley 2. ff. Uti possidetis, y cap. 65. eod. tit. in 6.

(3) Ley 4. Cod. de Edendo. ley 28. tit. 2. Partid. 3. y cap. 3. de Causa possesion. & proprietat.

(4) Ley 5. titul. 10. Partid. 3. ley 1. §. 44. ff. de Vi, & vi armat. ley fin. Cod. Unde vi. ley 1. §. Heredem, ff. de Privat. delict. ley Quod diximus. §. 1. vers. Hæc actio, ff. Quod metus causa. ley Si quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi. ley ultim. al fin, ff. de Reivindication. y ley Si quis emptionis, §. Sed hæc contra, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. cap. 1. caus. 3. quæst. 1. cap. 5. 6. y 15. de Restitut. spoliator. y §. Non autem, vers. Sed hæredibus, Institut. de Perpetuis, & temporalib. actio n.

él fundó que otro poseía, percibia réditos, ù otra pension annua, se le debe restituír, para que pueda proseguir en su percepcion. (1) Y la razon porque este interdicto da el remedio de la restitucion al despojado, es porque asi como el despojador hizo el despojo de propia autoridad, sin dar lugar à que el despojado fuese oído; asi tambien es justo que en pena de su delito, y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue por la misma ley con que juzgó. (2)

251 Puede el despojado intentar este interdicto dentro de un año util, contado desde el dia en que pudo haber usado de su accion; (3) pero si lo intenta por via de excepcion, dura perpetuamente, porque lo que tiene tiempo limitado para demandarse en juicio, es perpetuo para excepcionarse, como lo dice la ley 5. §. *fin. ff. de Doli mali, & metus exceptione*: ibi: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur.*

252 Se le permite usar de dicha excepcion no solo contra el despojador, ò el que mandó hacer el despojo, ò posee la alhaja, ò la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó à persona mas poderosa, ò de otro fuero, para que no se la quitasen: y no queriendo demandarsela, puede pedirles su estimacion. (4)

253 Pero es de advertir, y tener presente, que este interdicto, ò remedio há lugar, y se concede en el despojo de fundos, y edificios poseídos civil, ò naturalmente, y de otras alhajas raíces, y en el de las cosas incorporeas, v. g. servidumbres, y otros derechos; mas no en el de

(1) Cap. final. de Restitution. spoliator.

(2) Cap. 5. de Restitution. spoliator. y ley 1. ff. Quod quisque juris.

(3) Ley 1. ff. de Vi, & vi armat.

(4) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. leyes 1. y 3 §. fin. ff. de Alienatione judicii. ley Parem esse 150. ff. de Regul. jur. y ley 25. §. Perinde, ff. de Hæreditat. petition.

de las muebles, à menos que estén en ellos, pues en este caso por todas se puede intentar juntamente. (1)

254 Compete al despojado no solo contra el mayor de 25. años, y capáz, que le despojó violenta, ò clandestinamente, aunque no posea la alhaja, y contra su poseedor, y apoderado; sino contra el que mandó despojar, ò aprobó el despojo hecho en su nombre: (2) mas no contra otros; (3) por lo que si uno quita por fuerza à otro su alhaja, ò la en que tenia algun derecho, pierde el que à ella le competia, ya sea dominio, ù otro; y si ninguno le tocaba, debe restituirsela con todos los frutos percibidos, pendientes, y que pudo haber producido, ò con otro tanto como valian: y si la alhaja se perdió, deterioró, ò murió despues, está obligado à pagar su valor en pena, porque debió haberla pedido ante Juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciendose Juez en su misma causa; (4) pero conseguida la restitucion de uno de aquellos, no se le permite molestar à otros. (5)

255 Le compete igualmente contra el Juez incompetente, pues por carecer de jurisdicion, se reputa en el legal concepto por persona privada; y tambien contra el competente que le despojó de la posesion extrajudicialmente, y sin conocimiento de causa, (6) porque por haber excedido los límites de su oficio, se estima, y gradúa como incompetente. (7) Y lo propio milita, aunque proceda judicialmente, si en la sentencia cometió algun exceso, ò vicio substancial. (8)

No

(1) Ley 1. §§. 6. 7. 8. y 9. ff. de Vi, & vi armat. y ley 3. §. Unde vi, ff. eod. tit. Gom. en la 50. de Toro, num. 191.

(2) Ley final, Cod. Unde vi. y ley 1. §§. 12. y 14. ff. de Vi, & vi armat.

(3) Cap. 15. de Restitution. spoliator.

(4) Ley 7. Cod. Unde vi. ley 10. tit. 10. Partid. 7. ley 1. tit. 13. lib. 4. Recop. leyes 10 tit. 17. lib. 5.: 11. tit. 3. lib. 6. y 7. 8. y 9. tit. 12. lib. 8. Recop.

(5) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. cap. 2. de Ordin. cognition. cap. 15. de Restitution. spoliator. y cap. penult. de Causa possesion. & proprietat.

(6) Ley 6. Cod. Unde vi. y cap. 7. de Restitution. spoliator.

(7) Ley 20. ff. de Jurisdiction.

(8) Cap. 1. de Sentent. & re judicat.

256 No lo[illegible], fatuos, y locos; ni à los hijos contra sus padres; ni à los libertos contra sus patronos, y en su lugar se les da la *accion in factum*, que es permitirles que les demanden la alhaja, para que se la debuelvan; (1) ni al emphiteuta, ò vasallo contra el señor del directo dominio, bien que puede repetir contra él, para que le debuelva à su posesion; ni contra el señor cuya familia, ò siervos despojaron à alguno; à menos que supiese que eran malos, pues entonces por permitirlos en su casa, es reo de culpa; (2) ni contra los herederos del despojador, porque es accion penal, y como tal personal, y asi no se transmite à sus herederos, ni à los de éstos, (3) y solo se les da la accion referida contra ellos; (4) ni tampoco contra el particular succesor, que es poseedor de buena fé, è ignora el despojo, si el despojador le dió, donó, ò enagenó la alhaja por ultima voluntad, ò por contrato entre vivos lucrativo, ù oneroso. (5)

257 No pueden intentar este remedio el depositario, y commodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarlo el colono, emphiteuta, usufructuario, y otros semejantes, si há poco tiempo que gozan de sus respectivos derechos, y por poco se les concedieron, porque son meros detentores, y no poseedores; y asi compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdadero dueño, y poseedor, porque poseen en su nombre: bien que si imploran el oficio del Juez, se les protegerá. (6)

258 Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza

(1) Ley 1. §. 43. ff. de Vi, & vi armat. y ley 10. tit. 10. Partida 7.

(2) §. fin. Institut. de Obligation. quæ ex quasi delicto.

(3) §. 1. Institut. de Perpet. & temporal. action.

(4) Ley 26. ff. de Dolo malo. y ley 17. ff. Quod metus causa.

(5) Gom. en la ley 45. de Toro n. 186. Cevall. Commun. quæst. 52. Gutier. lib. 1. Canon. quæst. quæst. 34.

(6) Ley 1. §. 10. ff. de Vi, & vi armat y ley 18. ff de Acquirend. possesion. cap. 9 de Restitution. spoliator. y cap. 17. de Præscription.

za de su posesion, podrán intentar contra éstos el remedio del interdicto; (2) y no solo deben restituirles con frutos la alhaja, sino perder para siempre el señorío, derecho, ò utilidad, que para sí habian retenido en ella, y ser libremente ésta en propiedad de los despojados. Y si el despojador es estraño, debe restituirsela con los frutos, y à mas de esto darles otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que de la otra habian de percibirlos. (3) Previniendo que si el deudor, que en prenda entregó al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza pierde el señorío de ella; pues aunque el acreedor no tiene éste, es legitimo tenedor, y poseedor. (4)

259 Sentados estos legales principios, paso à explicar: *Si el verdadero despojador, ò el tercero poseedor estarán, ò no obligados à responder à la reconvencion del despojado: y si los referidos posesorios se podrán, ò no intentar por via de reconvencion: y acumular, y seguir à un propio tiempo, y en un juicio el petitorio, y posesorio.* Y para instrucion del principiante digo: que si el despojado intenta contra el mismo despojador el posesorio *recuperandæ*, y éste quiere reconvenirle por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra alhaja, no de la misma, sin que esté obligado à restituir; y ambas causas como de igual privilegio se seguirán, y decidirán à un tiempo. (5)

260 Pero si es tercero poseedor con buena fé de la alhaja, y el despojado le demanda por el mismo posesorio, está obligado éste à responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la que pretende; y la razon es, porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos

(2) Ley 15. §. 1. ff. Qui satisdare cogant. y ley 3. §. 13. ff. de Vi, & vi armat.

(3) Ley 16. tit. 10. Partid. 7.

(4) ley 3. tit. y Partid. dicha.

(5) Ley 5. tit. 10. Partid. 3. verb. *Mas si el demandado non razonase*: ley fin. tit. 10. Partid. 7. y ley Si quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi. cap. Frequens, de Restitution. spoliator. in 6. cap. Super, y cap. Cum dilectus, de Ordin. cognition.

ros despojadores, y la restitucion previa se estableció contra éstos en pena del delito que cometieron con el violento despojo, y como aquellos no son complices en él, por eso no merecen la propia pena. (1)

261 Intentando el despojado el mismo posesorio *recuperandæ* contra el despojador, si éste quiere reconvenirle por el *adipiscendæ*, ò por el *petitorio* sobre la propia alhaja, no se debe admitir su reconvencion antes que la restituya: lo primero porque éstos no son igualmente privilegiados. Lo segundo porque implica el que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene, y la posesion de lo que posee. Y lo tercero porque el despojado goza de tal privilegio, que no solo debe ser restituido ante todas cosas à la posesion de la que justificó habersele quitado por fuerza, sino que el despojador como poseedor de mala fé ha de ser condenado tambien en pena de su audacia, y delito à la integra restitucion de los frutos que la alhaja produjo, debió, y pudo producir, y à la solucion de las litis expensas, antes que el despojado responda à su reconvencion. (2)

262 Lo qual se amplía, aunque el despojador, ò un tercero se opongan, diciendo que la alhaja es suya, y lo ofrezcan probar incontinenti, pues no obstante esto, ha de ser restituido previamente el despojado, y se reservará al despojador, y tercero el derecho de dominio, y propiedad, para que en otro juicio intenten la reivindicacion. (3) Y se amplía asimismo, aun quando sean menores, è imploren el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la alhaja, pues no deben gozar de él, ni concederseles, por obstarles la excepcion de

(1) Clementin. unic. de Causa possesion. & proprietat. Abb. in cap. Cum dilectus, cit. col. 3. Gomez en la 45. de Toro, num. 186. Marant. part. 4. tit. Judicium conventionale, num. 44.

(2) Leyes 5. y 6. tit. 13. lib. 4. Recop. y ley 40. tit. 28. Partid. 3. Clementin. unic. proxime cit. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. numer. 207.

(3) Dicha ley Si quis ad se fundum: ley ultim. al fin, ff. de Reivindication. y ley Si quis emptionis, §. Sed hæc contra, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Gom. en dicha ley 45. de Toro, num. 182.

de dominio, que le confiesan. (1)

263 Tampoco se debe admitir, ni el despojado está obligado à responder à la reconvencion del posesorio *retinendæ* sobre la misma alhaja, que le hace el despojador en virtud del interdicto *Uti possidetis* (que equivale en algun modo al articulo, que oy llamamos de *interin*, *ò de manutenendo*; y de los casos, à qué personas compete, ò no, y contra quáles, y en qué se diferencia de dicho interdicto, lo explican bien *Gomez* en la ley 45. de Toro desde el num. 168. al 179. *y el Sr. Covarrub. Pract. cap.* 17.) porque éste posee por fuerza, y el interdicto no protege al que posee de esta suerte, ò clandestinamente, ò en *precario* de su adversario: y à mas de esto por el privilegio del despojado, y odio del despojador, porque en usar aquel de su derecho, à nadie injuria; y aunque ambas causas de *recuperandæ*, *y retinendæ* son sumarias, pero como la de despojo es privilegiada, no se admite por esta razon otra, que no sea de igual privilegio; y asi no há lugar el *petitorio*, ni el posesorio *adipiscendæ*, ni el *retinendæ*; y si se trata contra un tercero, que no despojó, ni mandó despojar, habrá lugar la reconvencion del petitorio, y posesorio de otra cosa, pero de la misma lo habrá solamente la del posesorio *retinendæ* (2) por las razones expuestas en el num. 260.

264 Si el tercero poseedor pone por via de accion la convencion *retinendæ*, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, y pretendiendo que el Juez le ampare, y mantenga en la posesion de la alhaja, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion: entonces há lugar la reconvencion *recuperandæ* de éste sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias: lo qual no sucede en la de despojo por el pri-

(1) Cap. 2. y 4. de Restitut. spoliator. Gom. ibi, num. 183. Sr. Covar. Pract. cap. 23. n. 3. Vela discert. 49.

(2) Ley 1. ff. Uti possidetis. cap. Cum dilectus, y cap. fin. de Ordin. cognition. Abb. in cap. veniens, col. penult. de Præscription. in cap. Cum dilectus, column 3. in cap. Audita, col. 3. circa fin. de Restitution. Spoliator. Maranta, part. y tit. cit. n. 45. y 46.

privilegio de que goza, y odio del despojador. (1)

265 Intentando el actor el *petitorio* por accion real, ò personal, ya sea porque el reo esté obligado à darle, ò hacerle alguna cosa; ò sobre reivindicar la alhaja que dice ser suya, y el reo la posee: si éste le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion como accion, se seguirán ambas à un tiempo como mutuas, ò recíprocas peticiones, porque por lo mismo no excluye una à la otra; pero si lo excepciona, pretendiendo no se oiga al actor en su petitorio, mientras no le restituya la alhaja, de que le despojó, se suspenderá el juicio petitorio, y procederá à conocer de la excepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oído interin no restituya; y hecha la restitucion, se procederá à continuar el petitorio. (2)

266 Litigando dos, el actor sobre el posesorio *recuperandæ*, y el reo sobre el petitorio, si sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la alhaja sobre que contienden, y ofreciendo probar el reo, y el tercero que es suya: en este caso, sin embargo de esta oferta, se debe deferir ante todas cosas à la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la accion del petitorio, y no obstará la excepcion del tercero opositor, segun lo ordena la ley 18. que es la final del titulo 10. Partid. 7. ibi: *E por ende decimos que quando asi acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa: que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor, gela tomaron por fuerza, debe ser oída primeramente, è ser librada segun derecho: è de sí oyan, è libren las demandas de los otros, asi como fuere derecho.* Cuya legal disposicion es la que se debe observar, no obstante que al-

(1) Marant. n. cit. Abb. in cap. Veniens, cit. col. penult. y antepenult.

(2) Ley 5. tit 10. Partid. 3. verb. *Otrosí decimos*: y verb. *Mas si aquel que ficiere emplazar*: cap. Cum dilectus cit & ibi Abbas, y glos. in cap. fin. de Ordin. cognition. Marant. ibi, n. 49. y 50.

algunos fundados en otra del derecho comun dicen lo contrario, como advierte el *Sr. Greg. Lop. en su glos.* 3.

267 En quanto à si las causas de posesion, y propiedad, ò el *petitorio*, y *posesorio* se podrán, ò no cumular: digo que (regularmente hablando) se pueden cumular, y proponer en un mismo juicio, recibirse à prueba para ambas partes, y no dudandose de quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto à la execucion siguiendo, y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda de quien posee, ò no consta probado mas que del posesorio, se debe controvertir, y determinar solamente sobre éste, para que de esta suerte se vea à quién incumbe probar en el petitorio. (1)

268 Sin embargo de que la cumulacion de acciones está prohibida, como se prueba de la ley *Quod inhærede*, §. *Eligere*, *ff. de Tributor. action.* que dice: *Eligere quis debet qua actione experiatur: utrum de peculio, an tributoria; cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum.* Esto se entiende de las que son en sí contrarias, ò se quitan por la eleccion, ò la sentencia absolutoria dada en la primera produce excepcion de cosa juzgada en la segunda, pues en estos tres casos se prohibe; lo primero porque la razon de las cosas contrarias es una misma, de tal suerte que puesta la una se remueve la otra; (2) lo segundo, porque quitada la accion por la eleccion de otra, una vez elegida ésta, se cierra la puerta à aquella; (3) y lo tercero, porque quando dos acciones son tales, que la sentencia absolutoria dada en el juicio primero, produce excepcion de cosa juzgada en el segundo, y la condenatoria proferida en éste, irroga perjuicio al reo en aquel, si

(1) Cap. Ad ultimum 2. Cum ecclesia 3. Cum super. 4. y Cum dilectus 6. de Causa possesion. & proprietat. ley De qua re, ff. de Judic. Ley Incerti juris, Cod. de Interdict. y ley Ordinarii, Cod. de Interrogation.

(2) Ley unic. Cod. Si servus extero. y ley Si pecunia 1. Cod. de Furt.

(3) Dicha ley 1. Cod. de Furt. y ley Quod inhærede, ff. de Tributor. action.

si se permitiera la cumulacion, se verificaría lo expuesto, lo qual es absurdo. (1) Pero como las de posesion, y propiedad ni son en sí contrarias, ni cesan por la eleccion, ni la sentencia proferida en el posesorio produce excepcion de cosa juzgada en el petitorio, por ser del todo separados, se pueden cumular; (2) lo qual se permite no solo por dichas razones, sino para que se acaben mas presto los pleitos, (3) y para evitar à los litigantes tantos dispendios. (4)

269 Pero esta permision de cumulacion del posesorio, y petitorio, se entiende, lo primero, no habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que en los precedentes numeros queda explicado, segun sean los contendores. Y lo segundo en quanto à los posesorios *adipiscendæ*, y *recuperandæ* por las razones expuestas en el inmediato; mas no por lo respectivo al *retinendæ*, pues éste no puede cumularse con el petitorio sobre una misma cosa, à causa de ser contrarios, y repugnantes entre sí, cuya contrariedad, y repugnancia consiste en que el que lo intenta, confiesa tacitamente que está poseyendo, y pretende ser mantenido en la posesion contra su adversario, que se la perturba: y el que intenta el petitorio, ò la reivindicacion, afirma que no posee, y como el poseer, y no poseer son dos cosas contrarias, ò contradictorias, no puede intentarlas juntamente en un juicio; y porque se contradice, no debe ser oído, sino antes bien repelido de él: (5) y esta opinion negativa es la segura, y corriente, no obstante los esfuerzos de los que se fatigan en defender la afirmativa.

Lo

(1) Arg. leg. Fundum 16. Cum duab. sequent. ff. de Except. Din. in regul. 20. n. 9. y sig. de Regul. jur. in 6.

(2) Ley Naturaliter, §. Nihil. ley Permisceri 52. ff. de Acquirend. posses. y ley Et an eadem, §. fin. ff. de Exception. rei judicat. Din. in regul. 71. n. 6. de Regul. jur. lib. 6.

(3) Ley Properandum, Cod. de Judic.

(4) Cap. Ad ultimum, cit.

(5) Cap. Examinatæ 15. de Judic. cap. Solicitudinem 54. §. fin. de Appellation. y ley Repugnantia, ff. de Regul. jur. Rebuffuel lib. 2. tit. 12. §. 9. num. 277. al 279.

270 Lo explicado en el numero inmediato se limíta en tres casos: el primero en los derechos incorporeos, v. g. las servidumbres, en los quales se pueden cumular el posesorio *retinendæ*, y el petitorio, por no haber contrariedad, y porque el poseedor puede usar de la accion *in rem*, ò *confesoria*, que es la que compete al actor, que afirma tener servidumbre en el fundo, ò predio de otro; y asi, mediante esta accion, pide se declare debersele la servidumbre que hasta entonces poseyó, y se imponga perpetuo silencio à su adversario, que se la perturba, haciendole dar caucion de no turbarsela. (1) El segundo en las cosas corporales, en las que siempre que el petitorio da fomento al posesorio, y no de otra forma, se pueden cumular ambos, por no mediar repugnancia, ni contrariedad. Y el tercero quando se intentan respecto de diversas posesiones, v. g. el posesorio por razon de la civil, y el petitorio por la de la natural. (2)

271 Resta explicar cómo se han de ventilar el posesorio, y petitorio, y ante qué Juez; y si intentado el uno, se puede bolver al otro. A que satisfago diciendo, que ambos se pueden tratar en un juicio, y ante un mismo Juez, ya sea ordinario, ò delegado, el qual debe oír à entrambos litigantes, recibir à prueba sus pretensiones, y determinar acerca de ellas en una propia sentencia, para evitarles el grave perjuicio de tantas expensas, y porque quando quieren hacer probanzas se les deben admitir: y asimismo para que no se divida su continencia, si à un propio tiempo se proponen. (3)

272 Lo qual milita, y procede, quando actor, y reo son

(1) Bart. in leg. Naturaliter, §. Nihil commune, vers. Secunda, n. 18. & ibi Jason, n. 127. ff. de Acquirend. possesion. Menoch. de Retinend. posses. remed. 3 quæst. 66. n. 539. Minsinger. in §. Æquæ si agat. Institut. de Action.

(2) Speculator tit. de Petitor. & possesor. §. 1. n. 29. Menoch. loc. cit. n. 543. Imol. in Clementin. unic. hoc tit. Reinfestuel lib. 2. tit. 12. y §. 9. cit. n. 281. hasta el fin.

(3) Ley Nulli, Cod. de Judic. cap. 1. de Causa possesion. & proprietat. ley De qua re, cit. ley Circa 14. ff de Probation. cap. Licet 9. eod. tit. cap. Cum dilectus 6. Cum ecclesia 3. y Cum super 4. cit.

son de un mismo fuero, pues siendo de diverso, no puede ser; (1) por lo que si el Clerigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene en el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio Juez secular sobre la propiedad, antes bien debe acudir à su fuero, el qual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa, segun en el num. 204. queda sentado; (2) Y aunque el lego puede reconvenir al Clerigo, como igualmente expuse en el 231; milita diversa razon, porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y asi ésta como la convencion se siguen à un tiempo, pero en el presente caso son dos juicios, de los quales el uno no se principia hasta que el otro se concluye; y asi el lego como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del Clerigo, que es reo en él, y demandarle ante su propio Juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de este. (3)

273 Por lo respectivo à si una vez intentado el petitorio, podrá el que lo intentó, bolver al posesorio, digo que aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleito se pueda mudar el libelo, (4) no se prohibe que intentado el petitorio se buelva al posesorio, porque no se muda el libelo, sino que se enmienda, añadiendole algo, que es el posesorio, quedando suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion, de tal suerte que si el actor no obtiene ésta, pueda hacer reversion al petitorio, y si obtiene, mande el Juez que se le restituya, y subsista aposesionado de la alhaja hasta que el reo pruebe competirle su propiedad, y dominio; pero esta reversion se ha de hacer antes de la conclusion, pues concluV

(1) Cap. ultim. de Judic.

(2) Abbas in cap. ultim. cit. num. 14.

(3) Speculator tit. de Rescript. præsent. §. ultim. n. 11. vers. *Item quod facit*: Valens. hoc tit. §. 3. n. 5. Pirhing eod. tit. n. 20. Reinfestuel lib. 2. y tit. 12. dichos, §. 8. ex n. 248. al 256.

(4) Ley Non potest 23. ff. de Judic. Authent. Qui semel, y ley Nemo, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. ley Edicta actio, Cod. de Edendo. y glos. in cap. Significantibus, de Libelli oblation.

clusa la causa no se admite. (1) Otras varias especies acerca de las causas de posesion, y propiedad, y remedios que competen à los despojados, puede ver el aplicado en los Autores citados, pues para instruir al Escribano principiante tengo por bastante lo explicado.

§. VII.

DE LA PRUEBA QUE SE PUEDE hacer en juicio, y sus clases.

274 COnclusos los autos por las partes, ò porque el Juez los haya por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop. debe mandarlas que juren de calumnia, (lo qual no se practíca) y dentro de seis dias siguientes al de la conclusion recibirlos à prueba, si en ella consisten, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio à este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciendolo dentro de ellos, pagar dobladas las costas que se causaren hasta que lo pronuncie, y 50ȣ. maravedis à la Real Cámara; en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en proferir otro qualquiera interlocutorio. (2)

275 Este auto se debe hacer saber à los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ò en rebeldía del uno; y no pudiendo ser habido éste, se ha de notificar à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dejandoles à este fin memoria expresiva; y si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente ésta en ambos casos antes que el que la saca, use de ella, (3) como se practíca en el Consejo. Pero si el punto litigioso es de mero derecho, no se necesita recibir el plei-

(1) Cap. Pastoralis 5. de Causa possesion. & proprietat. & ibi glos verb *Pendente.* ley Qui fundum, §. fin ff. de Vi, & vi armat. Reinfestuel lib. y tit. cit. §. 10. ex n. 209. al 307.

(2) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recopilat.

(3) Ley 8. tit. y lib. dichos.

pleito à prueba, ni hay para qué, porque en aquel está resuelto lo que el Juez debe determinar.

276 Sin embargo de lo que queda sentado en el numero 274. y de estár prohibido que el Escribano haga relacion de los autos, pues el Juez inferior debe verlos por sí, y no tener Relator, (1) se há introducido en todos los Tribunales de esta Corte, y en algunos de otras partes que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con el à las partes, y asimismo que los Escribanos originarios hagan relacion à presencia de los litigantes, ò de sus defensores, y segun los meritos del proceso, y calidad del negocio providencia el Juez, recibiendolos à prueba, ò determinandolos difinitivamente; pues si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede, y debe hacerlo, y no se causa nulidad, antes bien es conforme à la intencion de las leyes que apetecen que quanto antes consiga justicia el que la tiene; resisten la dilacion, y que se le causen costas; y prohiben que los pleitos se reciban à prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar, ni dañar al adversario, ò no conciernen al asunto litigioso. (2)

277 Prueba es lo mismo que averiguacion que se hace en juicio, à fin de aclarar los dubios que aparecen à cerca de la controversia, y pretensiones de los litigantes; (3) por lo que el Juez no debe dejar de admitir la necesaria, por ser de derecho Divino. (4) Es de dos maneras (hablando con propiedad) à saber: *plena*, *y semiplena*. Se llama *plena* la que hace tanta fé, quanta basta para difinir la controversia condenando, ò absolviendo: (5) *y semiplena* la que aunque hace alguna fé, pero no tanta que en su virtud pueda moverse el Juez à dar sentencia, v. g. la que induce la escritura privada, la comparacion, ò cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo

(1) Ley fin. tit. 9. lib. 4. Recopil.

(2) Ley 7. al fin tit. 14. Partid. 3. y ley 4. tit. 6. lib. 4. Recop.

(3) Ley 1. al principio tit. 14. Partid. 3. Mascard. de Probation. vol. 1. quæst. 2. prælimi n. 8.

(4) Cap. Novit. de Judic. Math. cap. 18.

(5) Mascard. quæst. 4. n. 5.

reo que debió responder, y no respondió, el dicho de un testigo solo, ò la fama, &c. (1)

278 Y generalmente hablando tiene diversos nombres, una se llama *judicial*, porque se hace en juicio; otra *extrajudicial*, porque se hace fuera de juicio; (2) otra *evidentisima*, que se hace por privilegios, y escrituras indubitadas; (3) otra *apertisima*, ò *plenisima*, y es la que se hace por la evidencia, y otros medios que no dejan duda; (4) otra *clara*, que se hace por testigos, ù otros modos semejantes; otra *menos evidente*, que es por conjeturas, y presunciones, (5) aunque esta no es clara, à menos que la presuncion sea de derecho; (6) otra *legitima*, la qual es la que se hace por testigos, instrumentos, ò por otros medios aprobados por derecho. (7) Y la otra *mixta*, y es la que se compone de dos semiplenas, que tienen su tendencia à un mismo fin. (8)

279 Incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable; por lo que si éste niega, debe ser absuelto, no probando aquel: pero si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, entonces debe probar la excepcion, y la causa, ò razon en que la afianza, porque es el fundamento afirmativo de su negativa: (9) y lo mismo debe practicar el actor con la suya, porque funda en ella su ac-

(1) Glos. in leg. Admonendi, ff. de Jurejurand. & ibi Bart. Mascard. quæst. 11. num. 20. Cancer. part. 3. Var. cap. 7. n. 348. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 2. y 26.

(2) Cap. Cum dilecta 4. de Confirmat. y cap. ultim. Ut lite non contestata.

(3) Abb. in cap. Licet, n. 12. de Probation. Jason in leg. Si constante, n. 135. ff. Solut. matrimon.

(4) Cap. Pia, de Exception. in 6. y ley Sciant, Cod. de Probation.

(5) Cap. Afferte, de Præsumption.

(6) Mascard conclus. 4. n. 13. Roman. in leg. 1. Cod. de Testament. milit.

(7) Ley Proprietatis, Cod. de Probation. & ibi glos. verb. *Legitimis*: y glos. in leg. Cum indebito, ff. de Probation.

(8) Glos. in cap. Cum causam, de Probation. Pirhing. de Probation. num. 3.

(9) Leyes 1. y 2. tit. 14. Partid. 3. y leyes 2. ff. y 23. Cod. de Probation.

accion, y demanda. (1)

280 Y para mas perceptible inteligencia de lo explicado en el numero inmediato debo sentar que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente, y otras no; (2) pero generalmente hablando, la negacion, ò proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *qualidad*, y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella, por la qual se afirma que alguna cosa no es conforme à derecho, ò no está permitida por él, v. g. que uno no puede ser Juez, Abogado, testigo &c. y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley, y demás medios concurrir en él el defecto que se le imputa, y asi debe probarla el negante. (3)

281 La negativa de *qualidad* es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta qualidad, la qual si es de las que naturalmente tiene cada uno, v. g. que es capáz, y de claro entendimiento &c. debe ser probada por el negante, porque la presuncion está por su adversario, y no lo haciendo, se deferirá à la solicitud de éste, aunque nada pruebe. Y si es de las que competen accidentalmente à alguno, y no naturalmente à todos, v. g. que es noble, Doctor &c. toca la prueba al afirmante; y lo mismo si dice que es mayor de edad, y se le niega: y la razon es, porque en estos, y otros casos semejantes no se atiende à lo material de la afirmativa, sino à que cada uno pruebe el fundamento de su intencion. (4)

282 Y la negativa de *hecho*, que por naturaleza se dice ser improbable, es de tres maneras, una *pura*, *simple*, è *indefinida*; otra que embebe en sí *afirmativa*; y otra *coartada*. La pura, ò simple es la que no determina tiempo, lugar, ni otra circunstancia, por lo que es absolu-

(1) Cap. 6. 11. y 12. de Probation. cap 28. de Sponsalib. y cap. ultim. de Solution. y leyes 3. à la 6. tit. 14. Partid 3.

(2) Glos. in cap. Bonæ, vers. *Per rerum naturam*, de Electione. Engel de Probation. num. 6.

(3) Ley Ab ea parte, ff. de Probation. leyes 2. y 4. tit. 14. Partid. 3. Murill. lib. 2. Decretal. tit. 19. n. 141. Reinfestuel eod. lib. & tit. §. 2. num. 49.

(4) Cap. unic. de Scrutinio in ordine. y cap. ultim. de Præsumption. Murill. ibi. Reinfestuel ibi, num. 50.

luta, v. g. negar que contrajo, ò que hizo la muerte que se le imputa &c. y ésta no se puede probar por el negante, y asi le basta negar. (1) La negativa que embebe en sí *afirmativa*, es, v. g. quando dice uno que no renunció, ò no contrajo espontaneamente; y el que asi niega, debe probarla, porque viene à afirmar que para renunciar, ò contraher fue violentado. (2) Y la negativa *coartada* es la que se coarta, y limíta à cierto lugar, tiempo, ù otra circunstancia, v. g. se le imputa una muerte hecha en tal parte, tal dia, y à tal hora: debe probar la negativa de que no estubo alli, sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce à afirmativa por la razon porque niega haber hecho la muerte. (3) Con cuyas distinciones discernirá el principiante quando basta negar, ò es preciso probar la negativa; y entenderá en qué casos incumbe la prueba no solo al actor, sino al reo, y no como muchos que creen bastar à éste el negar, para ser absuelto.

283 Ha de ser hecha la prueba judicial segun la forma del libelo, y la razon es, porque segun ésta se debe pronunciar; y asi solo se debe probar lo que mediante el libelo se deduxo, y negó en juicio, y sobre que se sufre la litis, ya sea directamente, ò por via, ò modo de réplica, y excepcion; (4) y lo que probado puede aprovechar al que hace la prueba, (5) por cuya razon no debe admitirse la que no concierne al asunto propuesto, y es

(1) Leyes 1. y 2. tit. 14. Partid. 3. y ley 23. Cod. de Probation.

(2) Ley 8. ff. de Probation. y cap. 2. de Renuntiation.

(3) Cap. 35. de Testib. ley 14. Cod. de Contrahend. stipulation. y ley 32. tit. 11. Partid. 5. y arg. leg. 117. tit. 18. Partid. 3. Murill. ibi, n. 142. Acev. en la ley 4. tit. 17. lib. 8. Recop. n. 39.

(4) Cap. Cum dilectus, §. Sed quoniam, de Ordin. cognition. cap. de Testibus 29. de Testib. clementin. Sæpe contigit, §. Verum quia, de Verbor. signification. y ley Ad probationem dominii, Cod. de Probation. Specular. tit. de Probation. §. Nunc dicendum: Mascard. dicha quæst. 2. proemial, n. 27. y quæst. 17. num. 16.

(5) Cap. Cum contingat 35. de Offic. delegat. & ibi glos. & Joan. Andr. Mascard. dicha quæst. 17. num. 24.

es omnimodamente inutil, è impertinente. (1) Y se puede hacer por ocho medios, ò de ocho maneras, que son: *confesion de parte*, (bien que ésta mas es revelacion de ella, que otra cosa) *juramento decisorio*; *testigos*; *instrumentos*, *y privilegios*; *vista ocular*, ò evidencia; *presunciones*, *ò conjeturas*; *ley*, ò fuero; y por *fama* pública; (2) à que se puede añadir la que se hace por lo que aparece esculpido en marmoles, ò lapidas antiguas puestas en Iglesias, y en otros edificios, y lugares públicos de inmemorial tiempo, y serán nueve clases de prueba, que expresan los siguientes versos.

Aspectus, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, præsumptio, fama, probavit.

284 La confesion, ò declaracion judicial es respuesta afirmativa, que un litigante da en juicio à lo que el colitigante, ò el Juez de oficio le pregunta. (3) Se divide en *verdadera*, ò expresa, y en *tacita*; se llama verdadera la que se hace con palabras, ò con señales que manifiestan paladina, ò claramente lo que se dep ne. Y tacita, la que se infiere de algun hecho, ò se finge por la ley, v.g. quando el preguntado es contumáz en no querer responder, ò en no responder como debe; ò huye despues de contestado el pleito, y lo abandona. (4)

285 Se subdivide en *simple*, *y qualificada*: se llama simple, quando el litigante confiesa lisa, llanamente, y de plano lo que el colitigante le pregunta; y qualificada, quando por alguna qualidad, ò circunstancia que añade, restringe la intencion de su adversario. Asimismo se subdivide en *judicial*, *y extrajudicial*: se llama judicial la que hace en juicio ante Juez competente, ò de su orden por escrito ante Escribano aprobado conforme à derecho. Y ex-

(1) Ley Ad probationem dominii, y cap. Cum contingat, cit.

(2) Leyes 2. tit. 11. y 8. y final tit. 14 Partid. 3. y ley 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

(3) Ley 1. tit. 13. Partid. 3.

(4) Cap. fin. de Confes. in 6. cap. 4. de Præsumption. y leyes 1. y 2. tit. 7. lib. 4. Recop.

extrajudicial la que executa fuera de juicio, ò si en él, ante Juez que no es competente para recibirla, ni mandarla hacer, ò ante el arbitrador; (1) de las quales paso à tratar, à fin de instruir al Escribano principiante.

286 Para que haga fé, y pruebe contra el confitente su confesion judicial, debe contener las diez circunstancias que trahe la ley 4. tit. 13. Partid. 3. y comprenden los siguientes versos:

1. 2. 3. 4. 5. 6.
Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, & hostis,
7. 8. 9. 10.
Certum, lisque, favor, jus, nec natura repugnet.

Y son, la primera, que el que la hace, sea mayor de 25. años, ò si es menor de ellos, y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque presencie al juramento, si es leso, se le restituirá. (2) La segunda, que la haga espontaneamente sin miedo de tortura, ni por engaño, ni promesa que el Juez le haga de que le libertará; pues la hecha por engaño no vale, ni tampoco en el tormento, à menos que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo de delito. (3) La tercera, que la haga con cierta ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego lo prueba, puede revocarla antes de la sentencia; y lo propio milita, quando no la hace de proposito, sino con motivo de ira, ò por causa falsa. (4) La quarta, que sea contra sí, ò para obligarse à otro. (5) La quinta, que la ha-

(1) Ley unic. Cod. de Confes. cap. 4. de Judic. Mascard. de Probation. conclus. 342. n. 9. y 344. n. 7. Marant. part. 6. tit. de Confession. n. 30. y 31. Barbos. in cap. Ex parte, num. 8. de Confes.

(2) Leyes 1. tit. 13. y 3. tit. 25. Partid. 3. y ley 6. §§. 4. y 5. ff. de Confes.

(3) Cap. 1. caus. 15. quæst. 6. leyes 4. y 5. tit. 13. Partid. 3. y ley 2. Cod. de Custod. reor.

(4) Ley 5. tit. 13. cit. ley In negotiis, y ley Quidquid calore, ff. de Regul. jur. ley Divortium non est, ff. de Divortio. cap. fin. de Confes. Canon Sicut tenor 15. de Regularib. Mascard. conclus. 346. num. 20. y 21.

(5) Ley 4 tit. 13. Partid. 3. ley 11. §. 1. ff. de Interrogation. ley Nullus, ff. de Testib. y Canon Si testes, §. Nullus, quæst. 3. Speculat. tit. de Confes. §. Nunc videndum, num. 7.

haga ante Juez competente, ò de su orden ante Alguacil, y Escribano, ò ante éste solamente, como se practica: (1) ò en el libelo, y demás pedimentos, aunque sea sin juramento; (2) (bien que faltando éste, y el Escribano, no se podrá proceder executivamente en su virtud, como en el cap. siguiente diré,) ò que la haga ante el arbitro, que procede observando el orden legal; (3) mas no ante el arbitrador, porque ante éste no hay juicio. La sexta, que sea à presencia de su adversario; (4) aunque esto rara vez se usa, y antes bien se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, y que conste en los autos, y luego se le comunique. La septima, que sea de cosa cierta en quanto à la substancia, y cantidad, pues no siendolo, no le perjudica, porque no puede recaer sentencia sobre ella, y si es erronea, puede revocarla, probando el error; (5) pero el Juez debe compelerle à que absuelva cathegoricamente lo que se le pregunta. (6) La octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, servirá de presuncion, y no de prueba, lo qual se entiende siendo la confesion de delito; pero en los contratos le perjudica estando presente su adversario, ò su apoderado, y exime à éste del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del debito, ò cosa que debe darle, ò hacerle, pues si no la menciona, hará presuncion solamente, excepto en los casos que expresaré en el num. 296. de este capitulo. (7) La nona, que no sea à su favor, pues de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo qual está prohibido. (8) Y la decima, que no sea contra natura-

(1) Ley fin. ff. de Interrogation. in jur. faciend. dicha ley 4. tit. 13. y leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 4. Cur. Philip. part. 3. §. 13. n. 10.

(3) Ley 1. ff. de Recept. arbitr. Mascard. conclus. 342. n. 9. y 10. Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 1. num. 8. al 11.

(4) Dicha ley 4. tit. 13. Partid. 3. y ley 6. §. 3. ff. de Confes.

(5) Ley Certum, ff. de Confes. y dicha ley 4. Mascard. conclus. 387. n. 1. y sig. Abb. in cap. ultim. de Confes. n. 1. 20. y sig.

(6) Ley 6. tit. 13. Partid. 3.

(7) Ley final, ff. de Interrogator. action. ley Cum de indebito, §. fin. ff. de Probation. ley Publia al fin, ff. de Position. y leyes 4. y fin. tit. 13. Partid. 3.

(8) Dicha ley 4. tit. 13. y ley 10. Cod. de Testibus.

raleza, ni contra ley. (1)

287 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas, hace plena prueba; aprovecha al adversario del confitente; le exime del gravamen, y precision de probar; tiene fuerza de sentencia, y cosa juzgada en las causas civiles; supera à todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca; infringe las opuestas hechas por testigos, ò instrumentos à su favor; quita las presunciones contrarias; es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto, ò invalido, puede darse sentencia segun ella, y el confitente se tiene por condenado sin otra alguna; (2) y puede pedirla una parte à la otra en qualquiera estado del pleito, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; y lo mismo puede hacer el Juez de oficio, à fin de inquirir la verdad en caso de que haya duda; (3) y asi se practica.

288 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *posiciones*; para que el Escribano no confunda tal vez estas con las preguntas, ò interrogaciones que se hacen à los testigos, debo advertirle, que las posiciones no solo han de ser de los hechos tocantes al punto que se controvierte, sino hechas clara, positiva, y no obscura, ni interrogativamente; y la razon es, porque el que las pone, afirma como cierto lo que en ellas sienta, pues la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente à la causa, sobre el qual pide en juicio un litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarlo*: (4) lo que no sucede con las inter-

ro-

(1) Leyes 4. y 6. tit. 13. cit. y ley 3. ff. de Interrogation. in jur. faciend.

(2) Ley 2. tit. 13. Partid. 3. & ibi glos. 1. ley 1. ff. de Confes. ley Ubicumque, ff. de Interrogation. cap. Cum judicantem 30. quæst. ultim. cap. Cum Joannes 10. §. Ad hoc autem, de fide instrum. Marant. part. 6. titul. de Confes. num. 21. al 26.

(3) Ley 2. tit. 12. Partid. 3. y ley Ubicumque, y cap. proxime cit.

(4) Michalor de Position. cap. 1. num. 4. Fagnan. in cap. Olim, n. 55. de Litis contestat. Marant. part. 6. tit. Positiones: act. 4. n. 6. y 13. Bald. in leg. Data opera, Cod. Qui accusare non pos.

rogaciones, ò articulos, pues estos son parte de la intencion del interrogante, que contienen lo que intenta probar por testigos, ò instrumentos; y asi el que los pone, no confiesa lo que en ellos sienta, como en la posicion; (1) bien que oy los confunden muchos.

289 Fueron inventadas las posiciones por costumbre aprobada por derecho, para que el ponente fuese relevado del gravamen de hacer prueba. (2) Suceden en lugar de ésta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido; (3) en cuyo caso no son necesarios testigos. (4) Pueden hacerselas ambos contendores, (aunque lo mas regular es en el actor al reo) despues de la contestacion; pero una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, excepto que sea incontinenti, ò por error de hecho que contengan; (5) bien que quando están obscuras se pueden declarar à pedimento del adversario, y à ello está obligado el ponente, porque mediante su declaracion nada se las añade, y se retrotrae ésta al tiempo en que se pusieron. (6)

290 Se diferencian las posiciones de los articulos, ò interrogaciones; lo primero, en su origen, pues aquellas fueron inventadas por la costumbre, como queda expuesto; y éstas por derecho. (7) Lo segundo, en su forma, porque las interrogaciones se hacen con palabras interrogati-

(1) Glos. in cap. Præsentium, vers. *Articulis*, de testibus lib. 6. Marant. tit. cit. Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 8. num. 210. y 211.

(2) Bart. in leg. 2. §. Quod observari, num. 18. Cod. de Juram. propter calumn. & in leg. Ubicumque, cit. Aretin. de Positionib. §. 4. num. 2.

(3) Cap. Statuimus, de confes. in 6. Mascard. conclus. 1176. n. 2. Scacia de Judic. lib. 2. cap. 7. num. 84.

(4) Cap. Præterea, de transaction. cap. 2. de Confes. y ley unic. Cod. eod. tit.

(5) Glos. magn. in cap. 1. de Confes. in 6. Speculat. tit. de Position. §. 3. n. 3. y §. 10. num. 8. Marant. tit. cit. n. 8 Michalor. ibi cap. 22. n. 2. Mascard. conclus. 1182. n. 9. y 16. Scacia lib. 2. cap. 7. n. 589. y 609. Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 9. num. 222. y sig.

(6) Michalor. dicho cap. 22. n. 25. Marant. ibi, n. 12. Reinfestuel ibi, num. 227.

(7) El tit. ff. de Interrogator. action.

tivas, y las posiciones por afirmativas de algun hecho. (1) Lo tercero, en que aquellas se hacen à los testigos, quando hay necesidad de prueba, y estas son para que si el adversario las confiesa, sea relevado el ponente de probarlas. (2) Lo quarto, en que el que articúla, no confiesa los articulos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar; y asi à los testigos se pregunta de esta suerte. *Si saben, han visto, ò tienen noticia, &c.* pero el que hace posiciones, las confiesa, y afirma haber sucedido, ò no, ò ser cierta, ò incierta la cosa que pone, y sienta en ellas, (3) y por eso hace la pregunta de esta suerte: *Como es cierto, ò incierto, &c.* Lo quinto, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas, y en las criminales. Lo sexto, en que las posiciones se hacen por la parte, y no por el Juez, pues no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla; y la interrogacion por ambos; (4) y la razon porque el Juez no puede hacer posiciones, es, lo uno, porque estas suceden en lugar de prueba, y el Juez nada tiene que probar, ni es de su inspeccion sino el juzgar; lo otro porque ignora los hechos, y asi no sabe lo que ha de preguntar; y lo otro, porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el Juez ninguno tiene que confesar. (5) Y lo septimo, se diferencian en que el fin, y efecto de la posicion es abreviar el pleito por la confesion del adversario, y relevarse el ponente de gastar, haciendo prueba, y evitar que se difiera; (6) pero el de la interrogacion es in-

(1) Ley Volait, ff. de Interrogator. action. Papiens. de Forma position. verb. ponit, n. 2. Michalor. cap. 3. num. 13. y 14.

(2) Reinfestuel ibi, num. 211. y 212.

(3) Leyes 1. y sig. ff de Interrogator. action.

(4) Glos. magn. in cap. 1. de Confess. in 6. Bermud. in cap. Olim, cit. n. 89. Aretin. de Position. §. 4. Speculat. tit. de Position. §. 3. num. 2.

(5) Cap. ultim. de Jurejurand. lib. 6. Reinfestuel ibi, §. 9. n. 219. Speculat. dicho §. 3. n. 2. Scacia lib. 2. de Judic. cap. 7. dicho numer. 33. y 35.

(6) Clementin. Sæpe contingit, § Et quia, de verbor. signification. Reinfestuel dicho §. 8. num. fin.

investigar la verdad por testigos, y si algunos de estos faltan à ella, convencer su falsedad por sus mismos dichos, y discordia en el hecho, tiempo, lugar, y circunstancias, ò por otros medios sutiles, como lo hizo el Profeta Daniel con los dos proterbos, è impudicos ancianos, que calumniaron de adultera à la casta, è inocente *Susana*, de que testifican las sagradas letras. (1) Otras diferencias pone *Michalorio* en el cap. 6. de la materia de posiciones, la qual en los 71. que comprende, explica como ninguno, y por ser muy difusa, y nada precisa su pericia para el Escribano, omito molestarle mas, y remito al lector latino, y aplicado à ellos.

291 No solo pueden hacer posiciones el reo, y actor, (2) sino tambien sus Procuradores en su nombre con su especial poder, y no de otra suerte, porque entonces es visto hacerlas aquellos; (3) y siendo sobre el negocio principal, se deben poner despues de contestada la demanda en el termino probatorio, y antes de la produccion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun articulo, ò excepcion que se proponga antes de ésta, sobre el qual haya que hacerla, se pueden poner entonces; (4) bien que como queda sentado, las puede hacer una parte à la otra hasta la sentencia.

292 Lo que se practica por abreviar, es presentar la parte el interrogatorio; pedir que à su tenor se examinen los testigos que produzca; y por un *otrosí*, que antes de proceder à su examen, jure posiciones el adversario al tenor de todas, ò de algunas de las preguntas del interrogatorio; ò pedirlas antes de presentarlo; y en vista de lo depuesto, (pues se le debe comunicar) formarlo solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los plei-

(1) Ley 28. tit. 16. Partid. 3. Daniel cap. 13. vers. 56. glos. in cap. Nihilominus 3. quæst. 7.

(2) Cap. Præsertim, de testib. in 6. cap. unic. de Litis contestat.

(3) Ley Cuvas, §. 1. ff. ad leg. Cornel. de fals. y cap. Qui per alium, de regul jur. in 6.

(4) Michalor. de Position. cap. 27. n. 1. y sig. Specular. de Position. §. 4. n. 1. Abb. in cap. ultim. n. 5. de Confes. Gail. lib. 1. Practic. observat. 79. n. 4. Reinfestuel dicho §. cit. n. 231. y 232.

pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntarselos.

293 Siendo confusas las preguntas, ò posiciones que un contendor hace al otro; ò impertinentes, porque no conciernen al pleito, ninguno de los dos está obligado à responder à ellas, ni el Juez se lo debe mandar, ni admitirlas. (1) Pero si son hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, (ò por su ausencia su Procurador, teniendo para ello poder especial bien instruido, y no de otra suerte) responder cathegoricamente bajo de juramento la verdad del hecho, y cosa que se le interroga, afirmandola, ò negandola simple, y abiertamente sin el mas leve artificio, ni cautela, ni con palabras de *creo*, *ò no creo*, *ò me persuado*, *ò niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir, ni permitir el Juez que su Abogado esté presente à la declaracion, ni darle traslado, ò copia de las posiciones, ni termino para que se aconseje, antes bien ha de absolverlas en el mismo acto. (2) Lo qual tendrá presente el Escribano que esté comisionado para recibirle su deposicion.

294 Si responde ambigua, y confusamente, ò no quiere declarar, ò se ausenta por no practicarlo, habiendoselo mandado el Juez tres veces delante Escribano, (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso, y determinar el pleito, ya sea difinitivamente, ò recibiendolo à prueba, segun su estado, ò segun hallare por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro à sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa; al reo se há por confeso, y à entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso; (3) y quando está ausente, se ha de expedir requisitoria para que

(1) Ley 2. ò final tit. 12. Partid. 3. ley Ad probationem, Cod. de Probation. y ley Si defensor. §. fin. ff. de Interrogator. action.

(2) Ley 3. tit. 13. Partid. 3. y leyes 1. y 2. tit. 7. lib. 4. Recop.

(3) Dichas leyes 1. y 2. tit. 7. lib. 4. Recop.

que declare. (1) Y se previene que si el pleito es de gravedad, è importancia, debe el Juez recibir por sí mismo las posiciones, y juramentos de calumnia, y no cometer al Escribano, ni à otro su recepcion, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con el legal precepto. (2)

295 De la confesion, ò respuesta à las posiciones de una parte se debe dar traslado à la otra, aunque no lo pida; mas no hacerse preguntas, ni prueba sobre lo confesado clara, y expresamente, pena de 30. maravedis al Abogado que las hiciere. (3) Pero contra la confesion ficta, (que es la que el derecho estima hecha, por no declarar, ò no declarar conforme se debe,) se ha de admitir prueba al preguntado, no obstante que por su contumacia es habido por confeso, porque esta confesion surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar, que incumbia al interrogante. (4) Y para que éste no sea perjudicado en la declaracion de su contendor, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue, ò tergiverse los hechos, se debe poner en el pedimento esta clausula: *Sin que sea visto estár à su dicho, ò declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo, ò parte*, &c. con la que puede luego probar lo que haya negado, tergiversado, ò declarado obscuramente, y aun hacer que buelva à declarar.

296 La confesion extrajudicial en causas civiles si se hace à presencia de dos testigos, y de la parte adversa con palabras claras, terminantes, dispositivas, y no enunciativas, y expresion de causa justa; ò aunque ésta no se exprese, si luego se justifica, prueba plenamente, presentandose despues en juicio, y aceptandose por la parte, à quien favorece, ò por su Procurador, para que no se pueda revocar, y perjudica al confitente, y à sus herede-

(1) Ley 3. tit. 7. lib. 4. dicho. copil.

(2) Ley 60. tit. 5. lib. 2. Recopil.

(3) Dicha ley 3. tit. 13. Partid. 3. y ley 4. tit. 7. lib. 4. Recopil.

(4) Paz in Prax. tom. y part. 1. temo. 8. n. 82. al 84. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 49.

deros; y si la parte está ausente, hace presuncion, y semiplena prueba; pero aunque no la presencie, si es hecha por escrito, ò en favor de causa pia, ò promisoria, ò jurada, ò aceptada por algano en nombre de aquel à cuyo beneficio cede, y éste aprueba, y ratifica la aceptacion de aquel; o si es geminada, (que se llama asi la que hace en dos ocasiones con intermision de tiempo,) prueba plenamente. (1)

297 La segunda clase, ò especie de prueba de las referidas en el numero 283. es el juramento *decisorio litis necesario*, *ò supletorio*, que un litigante pide al otro en juicio, el qual hace plena probanza, con tal que asi en quanto al negocio que se controvierte, como de parte de los contendores concurran las cinco circunstancias expresadas en el 116. de este capitulo.

298 La tercera es por *testigos*, y para que hagan fé contra quien se producen, se ha de atender à su condicion, sexo, edad, capacidad, fama, fortuna, y fé; cuyos requisitos comprenden los siguientes versos de la *glos. in cap. 2. tit. 20. de Testib.*

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
et fortuna, fides; in testibus ista requires.

Y asimismo han de intervenir otros, de que haré mencion: el primero que en las causas civiles sean de catorce años, y en las criminales, y de pesquisa, de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro, ò destierro, tengan veinte cumplidos à lo menos; previniendo que en llegando à la pubertad, pueden testificar de lo que antes de ésta han visto, y se acuerden; y si son sagaces, y discretos, tambien pueden practicarlo en su impubertad, y su dicho hará presuncion; (2) y asi en las causas criminales se reciben por costumbre, y para inquirir; y en las

(1) Ley final tit. 13. Partid. 3. Cur. Philip. part. 1. §. 17. num. 6 Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 2. numer. 49. hasta el fin.

(2) Ley 9. tit. 16. Partid. 3. y ley Testium 3. §. Lege Julia 5. ff. de Testib.

las de lesa Magestad hacen fé, à menos que sean enemigos capitales de aquel, contra quien testifican. (1) El segundo, que sean capaces, libres, y no siervos, y de buena vida, y fama. El tercero, que depongan de positivo, y cierta ciencia, y no de parecer, ò credulidad lo que percibieron por los sentidos; que dén razon de su dicho; y que la razon sea diversa de éste; pues la deposicion de credulidad como que dimána de conjeturas, y nada afirma, solo induce presuncion, y asi no hace fé, ni se debe admitir; lo qual se entiende, excepto que sea proxima al sentido, por el qual se pueda percibir la verdad del hecho, v. g. haber visto à hombre, y muger desnudos, solos, y cerrados, por cuyo hecho se presume, y puede creer el adulterio; ò quando concurren otros adminículos, para creer aquello que se trata, y el testigo los expone; ò en casos de dificil probanza; ò para probar la inocencia del reo; ò de cosas que consisten en la pericia del arte, v. g. los Medicos, y Comadres; ò contra el producente. (2) Y que tampoco depongan de oidas à otros, porque esta deposicion no se funda sobre el hecho principal, sino en el dicho de un tercero, y asi no prueba, sino sobre hechos, labores, y otras cosas antiguas oidas à sus mayores, y éstos à los suyos; ò contra el que produce al testigo; ò para la defensa del reo; ò en causas de dificil probanza, pero hace presuncion; (3) ò en las de inquisicion, ò pesquisa, en las quales deben jurar tambien de lo que creen sobre aquel hecho, que se les pregunta, si es cierto, ò no; (4) y para que pruebe acerca de la consanguinidad, y afinidad, deben intervenir los doce requisitos que recopila *Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 11. ex num.*

(1) Ley 10. ff. de Quæstionib. y ley 13. tit. 16. Partid. dicha.

(2) Ley Si arbiter, ff. de Probation. leyes 8. y 10. tit. 16. Partid. 3. Marant part. 6. tit. de Testium production. n. 9. al 18. Mascard. conclus. 459. n. 11. y 12. y conclus. 1370. n. 14. 17. 18. 19. y 22. Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 11. ex n. 348. al 359.

(3) Dicha ley Si arbiter: ley 2. §. Idem Labeo ait, ff. de Aqua pluv. arcend. y ley 29. tit. 16. Partid. 3. Reinfestuel dicho §. 11. ex n. 360. al 372. y otros que cita.

(4) Leyes 25. 28. y 29. tit. 16. Partid. 3.

num. 373. hasta el fin, y por no ser de este asunto, omito explicar. El quarto, que sean citados, y rogados, para quitar toda sospecha de falsedad, y no transeuntes. El quinto, que no solo se presenten, sino que se juramenten dentro del termino probatorio, y antes de declarar; pero no antes de la contestacion, excepto en los casos referidos en los numeros 122. al 128; ni despues de la publicacion de probanzas, à menos que sea sobre nuevos articulos dependientes de los primeros. El sexto, que para conocerlos, y verlos juramentar, se sañalen dias, y horas à la parte adversa, y esté presente, ò al menos sea citada con el señalamiento, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el Escribano, excepto que la parte quiera que los juramente el Juez, pues entonces à su pedimento las ha de señalar éste; pues faltando el juramento, y citacion, no hacen fé: y sino quisiere presenciar, ni pareciere, no ha de dejar por eso de juramentarlos, y examinarlos; (1) lo qual se entiende à menos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen, (pues no basta la una, porque por ambas debe decir la verdad) en que no se cite, ni jure, relevandole del juramento, en cuyo caso no es necesario éste, ni la citacion; (2) previniendo que siendo juramentados en dia util del termino probatorio, pueden ser examinados en el feriado, ò colendo de él, (3) y tambien fuera del termino, y asi se practica (excepto en el colendo) en estos Reynos de Castilla; y la razon es, porque sus deposiciones se refieren, y retrotrahen al dia, y tiempo del juramento, y el examen en sí no es acto judicial, sino extrajudicial, por lo que se hace de secreto. (4) Y el septimo, que

(1) Ley Jusjurandi 9. ley Si quando 19. Authent. Rogati, y Authent. Sed & si quis, Cod. de Testib. y ley 23. tit. 16. Partid. 3. cap. 2. & ibi glos. & Abbas de Testibus.

(2) Dicha ley 23. tit. 16. Partid. 3. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 13. n. 5. Cum communi Doctor.

(3) Glos. in clementin. 1. de Legat. Barbos. ibi, n. 2. Mas ard. de Probatio. in proem. quæst. 5. n. 91. Farinac. quæst. 80. n. 5.

(4) Roman cons. 343 col. 2. Abb. in cap. Licet causam, col. 6. de Probation. Marant. part. 6. tit. de Dilation. num. 20. y tit. de Testium production. n. 4. y 7.

que no tengan legal prohibicion de testificar en juicio, la que por nuestro derecho (1) ningun hombre, ni muger tiene, sino los que se expresarán en los numeros sucesivos.

299 No hacen fé en juicio el excomulgado vitando; el infame conocidamente por hecho, ò derecho, el qual la hará solamente en causa de traicion contra el Rey, ò su Reyno, con tal que primeramente se le atormente para ser creido; el perjuro, ò testigo falso; el de mala vida, y fama, v. g. ladron, alcahuete, tahur conocido, y borracho, aunque no lo esté quando depone; el siervo, excepto en los casos que se expresarán en el numero 303; el loco; el mentecato, ò fatuo; el amigo intimo del que le presenta, ò enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ambos, podrá testificar; el familiar, ò criado del presentante, sino en cosas domesticas, que ningun otro puede saber mejor, ni tambien; el paniaguado; el interesado en la causa, à menos que sea el capitular, ò particular en las de su Cabildo, Concejo, Comunidad, ò Universidad; pero si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo, ò individuos de Comunidad, toca al particular interés de cada uno, no se deben admitir, ni hacen fé sus dichos; los ascendientes, y descendientes, sino que sea sobre edad, ò parentesco suyo: el Juez en la causa que juzgó, ò ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que ante él pasare, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado à falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de Juez, pues queda recusado; el Abogado, Procurador, Apoderado, ò curador à favor de la parte, à quien defienden; pero si al de la contraria; en cuyo caso ésta debe protestar al tiempo de presentarlos *no estár à su dicho mas que en lo favorable*, porque de omitir esta cautela, pueden perjudicarla con su deposicion, si por pasion declaran à favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente, aprueba sus personas, y dichos, excepto que convenza despues su falsedad; el que dixo mentira por precio, ò so-

(1) Leyes 2. 8. 9. 10. y 23. titul. 16. Partid. 3.

soborno ; el que falsificó carta , sello , ò moneda del Rey; el alevoso ; traidor , y homicida , ya sea por haber hecho muerte (excepto en su defensa) ò intentado hacerla , ò abortar à muger preñada con yervas , veneno , ò de otra suerte ; el marido por su muger , ésta por él , ni uno contra otro en ningun pleito ; los hermanos mientras están bajo de la patria potestad , pero sí despues ; los socios en pleito de su compañia , pero sí en otro , con tal que no sea en causa criminal , en que todos son complices ; el ignoto del Juez , y de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre , y vil ; el casado que vive amancebado publicamente ; el que extrahe , y roba las Religiosas de su Convento ; el que violenta las mugeres para acto impudico , aunque no las robe ; el Religioso apostata, mientras lo sea ; el que à sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del quarto grado ; el muy pobre , y vil , ò de mala fama ; el que hizo pleito omenage , y no lo cumplió pudiendo , y debiendo ; el Judio , Moro , ò Herege contra Christiano , excepto en causa de traicion contra el Rey , ò su Reyno ; ni en pleito de eviccion el que vendió la finca , porque es interesado. (1)

300 No deben ser apremiados à ir à testificar en juicio el que fuere mayor de 70. años ; el Soldado , ù otro que se hallaren ocupados en la guerra , mientras lo estén; el que tubiere tan grande enemistad , que sin gran peligro no pudiere ir al lugar destinado; ni el enfermo interin lo esté. Tampoco deben serlo à ir ante el Juez los Arzobispos , Obispos , Proceres , y personages , ni mugeres honradas ; por lo que si el pleito es grave , debe el Juez ir à su casa à recibirles sus deposiciones , y no siendolo , comisionar para ello al Escribano , (2) poniendo auto por escrito , y no verbalmente , pues no basta.

301 En causas criminales no pueden testificar el liberto contra el que le dió libertad , ni contra el padre , y abuelo lo

(1) Leyes 8. y 14. à la 22 tit. 16. Partid. 3. ley Omnibus , Cod. de Testibus y ley Idonei , ff. eod. tit. cap. Biduum , causa 2. quæst. 6. cap. Si testes , §. Item nullus 4. quæst. 3.

(2) Ley 35. tit. 16. Partid. 3.

lo de éste, ni ellos contra él, ni contra sus hijos; ni el que está preso, contra otro que sea acusado criminalmente; ni el que lidia por dinero con bestia brava; ni la muger prostituta; (1) y à los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni à los que viven con él quotidianamente, no se debe admitir por testigos en dichas causas contra el acusado. (2)

302 Tampoco deben ser apremiados, ni atormentados à declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del quarto grado en causas contra sus personas, fama, ò perdida de la mayor parte de sus bienes; ni los suegros, yernos, padrastros, è hijastros unos contra otros; bien que si espontaneamente testificaren, valdrá su dicho; (3) pero se deberá expresar asi en su declaracion, como lo advierte el *Sr. Greg. Lop. en la glos.* 3. *de la ley* 11. *tit.* 16. *Partid.* 3. y el Escribano lo tendrá presente. Asimismo no deben ser apremiados à ir à testificar en ellas marido, y muger uno contra otro; (4) ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano, sino de unanime consentimiento de las partes. (5)

303 El dicho del siervo hará fé en estos cincos casos: en causa de traicion, ò defraudacion del real haber: en la de muerte de su señora por el señor, ò de éste por ella: en la de adulterio de ésta: en la muerte de su señor por sus herederos: y quando dos son sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; en cuyos casos se le debe atormentar para ser creido, pero despues que esté libre puede testificar de lo que vió, y supo mientras fue siervo. (6)

304 Queda explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fé (entre los quales es uno el que sean juramentados) y quáles pueden, ò no testificar en juicio; paso à expresar cómo se les ha de

(1) Ley 10. tit. 16. Partid. 3. y ley final tit. 30 Partid 7.
(2) Ley 31. tit 16. Partid. 3.
(3) Leyes 10. 11. y 15. tit. 16. Partid. 3. y final cit.
(4) Dicha ley final tit. 30. Partid. 7.
(5) Ley 36 tit. 16. Partid. 3.
(6) Ley 13. tit. 16. Partid. 3.

de recibir el juramento; y para instrucion del Escribano principiante, digo que los Catholicos seculares deben jurar en esta forma: Ha de hacer cada uno la señal de la cruz con los dedos police, è indice de su mano derecha, y tambien el que lo juramenta, ò à lo menos éste: el qual debe preguntarle: *Si jura por Dios nuestro Señor, y por aquella señal de Cruz decir quanto supiere, y sea concerniente à los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado; y en todo la verdad lisa, y llanamente; y que por amor, temor, odio, venganza, promesas, dadivas, ni por otro motivo alguno no la ocultará, ni dirá mentira para favorecer, ni perjudicar à ninguno de los litigantes, antes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar, ni tergiversar; y asimismo que à ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare, hasta que el Juez lo publique*: y el testigo ha de responder: *asi lo juro*, y entonces el que lo juramenta, ha de decirle: *si asi lo hiciere, Dios le ayude, y sino se lo demande en su recto Tribunal quando le tome estrecha cuenta de su vida*, à lo que ha de responder el testigo: *Amen, ò asi sea.* Cuya formula prescribe la ley 24. tit. 16. Partid. 3. la qual aunque manda que el testigo ponga las manos sobre los santos Evangelios, y otras cosas, no se observa, y en su lugar se jura por costumbre sobre la Cruz en que todos fuimos redimidos, pues en jurando por Dios, y por ella, no hay mas por quien jurar.

305 No debe ser creido regularmente el testigo en lo que declare, no habiendo sido juramentado sobre ello; (1) y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretestando excederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demás que depuso, (pues cada uno los articúla à su modo, y calla lo que no le tiene cuenta) prevengo al Escribano que en la recepcion, y

(1) Ley 31. tit. 16. Partid. 3. ibi glos. hoc tit. cerca del fin. cap. de Testibus, &

y extension del juramento observe precisamente dos cosas, la primera que no omita juramentar al testigo, y poner las palabras: *decir quanto supiere, y sea concerniente à los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado, v. g. si le preguntan si es cierto que Pedro hirió à Juan con un puñal tal dia, à tal hora, y en tal lugar.* No solo ha de responder à esta pregunta, ciñendose à lo literal de ella, y no mas, sino tambien declarar si Juan le provocó, ò injurió antes de palabra, ù obra, ò lo que precedió, y dió motivo para herirle, y asi en otros casos; pues lo demás es ocultar la verdad de parte del hecho, y no deponer sino por el que la presenta, y de esta forma se entiende el precepto de la ley. Y la segunda, que jure tambien que *à ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó, ni lo que depuso*, pues de este modo se evita la corrupcion, y soborno de otros testigos, si no declaró à medida del deseo de la que le presentó; todo lo qual previene el Sr. Greg. Lop. en las glosas 4. y 5. de dicha ley 24. y esta lo manda por las siguientes palabras: *La manera de como debe jurar el testigo delante el juzgador, es ésta: Debe poner las manos sobre los santos Evangelios, è jurar que diga verdad de lo que sopiere en razon del pleito sobre que es aducho, tambien por la una parte como por la otra: è que en diciendola, non mezclará y falsedad, è que por amor, ni por desamor, ni por miedo, nin por cosa que le sea dada, ò prometida, nin por daño, nin por prò que él atienda ende haber, non dexará de decir la verdad, ni la encubrirá: è que toda cosa que sopiere de aquel pleito sobre que es aducho por testigo, que la dirá, maguer no gela pregunte el juzgador. E aun debe jurar que non descubrirá à ninguna de las partes lo que dixo, dando su testimonio fasta que el Juez lo haya publicado. E todas estas cosas debe jurar por Dios, è por los Santos, è por aquellas palabras que son escritas en los Evangelios*: y en quanto à la no revelacion de su deposicion lo ordena tambien la ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. y porque muchos Escribanos lo ignoran (por lo que no lo hacen asi) y *Paz tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *num.* 107. alaba esta prác-

práctica, y como tan util la aconseja al Juez, tube por conveniente expresarlo, à fin de que cumplan con el precepto legal, no sean tenidos por ignorantes, y eviten perjuicios à los contendores. Y prevengo, que aunque cada testigo debe ser examinado con separacion, pueden ser juramentados muchos aun mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni de ello resulta el mas leve daño al que los presenta, ni à su adversario; y éste en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarlo, si sabe, y si no asiste, expresarse asi en él, y es lo que se practica.

306 A los litigantes Catholicos se ha de preguntar: *Si juran por Dios, y por la señal de Cruz, que forman con su mano derecha, decir lo que supieren sobre lo que se les pregunte, y en todo la verdad lisa, y llanamente, sin ocultarla, ni tergiversarla, si no conforme la perciban, y sea en sí.* Y deben responder, *que asi lo juran*: y hecho esto, les ha de decir el que los juramenta lo que queda referido en el num. 304. y ellos responder: *Amen.* Lo qual es arreglado à la ley 19. del tit. 11. Partid. 3. y aunque ésta trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta.

307 Los Judios han de jurar *por un solo Dios todo poderoso, que crió el Cielo, y la tierra, y todas las demás cosas visibles, è invisibles, y sacó à su Pueblo de la esclavitud de Egypto, llevandolo à la tierra de promision; por la Ley de Moysés, que profesan; y por todo lo que creen de la Biblia Sacra decir verdad*, &c. y el que los juramente, despues que respondan, *que asi lo juran*, debe decirles: *si asi lo hiciereis, el mismo Dios os ayude, y premie llevandoos al Paraiso Celestial, como à Abrahan, Isac, y Jacob, vuestros progenitores, y si no, embie sobre vos todas las plagas que embió contra Faraon, y su Reyno, y maldiciones que por vuestra ley están puestas contra los que desprecian los Mandamientos de Dios:* y han de responder: *Amen.* Lo qual es conforme à la ley 20. del mismo tit. 11.

308 Los Moros para jurar han de estár en pie, tener levantado el brazo, y mirar ácia el medio dia, y puestos

tos asi, se les ha de juramentar de esta suerte: *Juras por Alaquivir, aquel que tu dices ser gran Dios, à quien haces oracion; por Mahomat que llamas su gran Profeta; por su Alcorán; y por todo lo que entiendes, y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad*, &c. à que debe responder: *si lo juro.* Y el que lo juramenta, le ha de decir luego: *Si asi lo hicieres, hayas parte con él, y con los demás Profetas en los Paraisos en que crees están; y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcorán amenaza à los que no creen en tu ley*, y debe responder *Amen*: lo qual está ordenado asi por la ley 21. tit. 11. Partid. 3.

309 Los Eclesiasticos seculares han de jurar *in verbo Sacerdotis por las Sagradas Ordenes que han recibido, y segun su estado*, tocando al mismo tiempo su pecho con la mano derecha. Los Religiosos Eclesiasticos por lo mismo, *y por el santo Abito que visten*; y los legos *por Dios, por la señal de cruz, y el santo Abito.* Los Caballeros de las Ordenes Militares *por Dios, y por la cruz de su Abito, que traben al pecho*, y al propio tiempo han de tocarla con la mano derecha. Y asi se practíca por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento, ni solemnidad.

310 Los Hereges Arrianos, Eusebianos, Manichéos, Luteranos, Hugonotes, Calvinistas, y demás sectarios, y los Cismaticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia, ò Escritura sagrada, nuevo, y antiguo Testamento*; y los pérfidos Ateistas respecto negar la primera causa, jurarán por lo que les obliga el juramento segun su secta. Los Idolatras, ò Gentiles por el Dios, ò Dioses que digan adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estár muy bien instruidos, las quales se pondrán en la extension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

311 Y los Arzobispos, y Obispos jurarán como los Sacerdotes, teniendo los Evangelios delante, pero sin poner

las manos sobre ellos. (1) Y se previene que por la ley 5. tit. 7. lib. 4. Recop. está prohibido que se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre Altar de Cuerpo Santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra Iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el Juez lo mande, pena de pagar éste, aquella, y el que juráre, diez mil maravedis à la Real Cámara.

312 Para hacer las partes sus probanzas por testigos forman regularmente sus respectivos interrogatorios con varias preguntas, ò articulaciones, de las quales la primera, y ultima se llaman *generales*, porque en todos se ponen; y las demás son especiales, y se titulan *utiles*, porque conciernen al punto que se controvierte, y de todas procuraré dar idéa instructiva al Escribano. Digo pues que lo primero que se suele articular, es, que los testigos sean preguntados *por el conocimiento de las partes, noticia del pleito, y generales de la ley*; de cuyas preguntas la del conocimiento de los litigantes, y noticia del pleito se hace, porque si no los conocen, ni están instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad, y verdad. (2) Lo qual se entiende quando el hecho toma su efecto de parte de ambos, pues si lo recibe de la de uno solo, basta que lo conozca. (3)

313 La ley 8. tit. 16. lib. 4. Recop. expresa las que llamamos *generales de la ley*, y se reducen à si el testigo *es pariente* por consanguinidad, ò afinidad de alguna de las partes, y en qué grado; ò amigo intimo suyo, ò enemigo capital. Si tiene interés en el pleito. Si desea que alguna lo gane, aunque no tenga justicia, y quál. Y si fue sobornado, corrompido, ò intimidado por alguna de ellas, para que oculte la verdad, y diga mentira.

(1) Ley 24. tit. 11. y ley 24. tit. 16. Partid. 3. y Authent. Sed judex, Cod. de Episcop. & cleric.

(2) Glos. in cap. Cum causam, verb. De causis, extra de Testib. & in cap. 2. verb. Interrogatoria, eod. tit. in 6. Abb. in cap. Cum causam, cit. num. 16.

(3) Joann. Andr. in Addition. ad speculat. tit. de Testibus, §. 1. num. 55. in litter. M.

ra. Y estas preguntas se dirigen à las tachas que se les pueden poner, para debilitar, ò desvanecer su dicho, si alguna los comprende. Advirtiendo que aunque el testigo declare que le tocan alguna, ò algunas, no ha de dejar de examinarle el Escribano, antes bien le ha de preguntar *quál es*, *y si dejará por eso de decir la verdad*, y poner la respuesta que dé, que regularmente responden todos que no dejarán por eso de decirla.

314 A mas de lo referido ha de preguntar à los testigos (aunque en el interrogatorio no se mencione) de qué edad son, cómo lo ordena la citada ley 8. *y qué oficio, ò destino exercen, y de dónde son vecinos*: pues la edad es para ver si tienen, ò no la que para testificar prescribe el derecho; bien que si es Sacerdote, ò persona pública, v. g. Abogado, Escribano, ù otros semejantes, no es necesario preguntarselo, ni expresarlo; basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos, ò edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó cinquenta años há, mal puede declarar sino por oidas el de treinta; y la misma pregunta en quanto à la edad se ha de hacer à la parte. El oficio por si es, ò no vil, pues siendolo, como el que lo exerce, está envilecido, y es materia dispuesta para todo, no le causa rubor cometer la vileza de dejarse sobornar, y mentir, si la religion no le contiene, porque ni desdice de su civil esfera, ni decae de su honor. Y la vecindad, para formar concepto de su dicho, hacer que lo aclare, si depone confusamente, averiguar el caracter de su conducta, buscarlo, y castigarlo si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante: à todo lo qual deben responder despues de juramentados. Y se previene lo primero, que el juramento del testigo no se puede hacer por Procurador como el de calumnia. (1) Y lo segundo, que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio, ò empleo, y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo, que es presentado en el termino de prueba, sino tambien al

(1) Cap. Licet ex quadam, vers. **Felin.** column. 2. *Propio*, extra de Testibus, & ibi

al que declaró antes, y luego se ratifica dentro de él, ya sea, ò no examinado al tenor del interrogatorio, ò solamente ratificado.

315 Las preguntas especiales llamadas *utiles*, son las que conciernen al asunto litigioso: han de ceñirse à lo alegado, y excepcionado en el pleito, pues sino son concernientes à él, no debe admitir el Juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente; (1) pero como el cumulo de negocios especialmente en lugares muy populosos no le dá tiempo para su examen, è inspeccion, lo que se practica, es poner el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio quanto es pertinente: ò salvo jure impertinentium, et non admittendorum*: cuya clausula surte tres efectos, el primero, que con ella cumple en la parte posible con el precepto legal, y no incurre en pena. El segundo, que si luego aparece que no debieron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian, y estiman por no admitidas, y se repele lo que los testigos depusieron acerca de ellas. Y el tercero, que aunque el testigo que por su infamia, ù otro defecto legal no debia ser examinado, lo sea, y haga indicio para la tortura, no hará fé su dicho, estando puesta la inserta clausula. (2) De la ultima pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré en el numero 360. y siguientes de este capitulo.

316 Del interrogatorio de cada parte parece sería conveniente dar traslado à la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, à fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho, y la razon de sus dichos, hacerlos variar, y apurar si venian, ò no sobornados; (3) pero la inconcusa práctica del Consejo, y de muchos Juzgados Reales está contraria, y asi ni se comunica, ni el

(1) Ley Adprobationem, Cod. de Probation. ley Si defensor, §. fin. ff. de Interrogator. action. ley 2. tit. 12. Partid. 3. ley 174. del Estilo. y ley 4. tit. 6. lib. 4. Recopil.

(2) Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 20. Paz tom. y part. 1. temp. 8. num. 50. y sig.

(3) Abb. in cap. Per tuas, col. fin. de Testib. Bald. in leg. 2. Cod. Ut lite pendente Marant. part. 6. tit. de Testium productione, numer. 19.

el Escribano debe manifestarlo; y solo en los Tribunales Eclesiasticos se hace; por lo que se estará à su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas, ni aun en éstos se comunica, por no permitirlo el derecho. (1)

317 La habilidad, y destreza del Escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos, à fin de no perjudicar à los litigantes, mayormente quando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto (como que exerce oficio de Juez en virtud de la comision que éste le confiere) no debe llevar otra mira, ni objeto, que el de investigar, y aclarar la verdad, sin pasion por una, ni por otra parte, y à este efecto debe enterarse del espiritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin à que se dirigen, para explicarlo à los testigos, y evitar que tal vez declaren con error, ò falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al revés la pregunta, como suele suceder; y hasta que evaquen una, no les ha de leer, ni examinar por la siguiente, sino cada una con separacion; y lo mismo ha de practicar con la parte, quando se la pida que jure posiciones al tenor de diversos capitulos. Y respecto à que en esto hay mucha ignorancia, y condescendencia perjudicialisima; para extirparla, digo que en el examen de testigos ha de observar las diez circunstancias que trahe el cap. *Causa* 37, lib. 2. *Decretal.* tit. 20. *de Testibus, et attestationibus*, y su Beatitud mandó observar al Obispo de Plasencia en el examen de testigos de cierta causa por estas palabras: *Quatenus recipiat testes, quos uterque pars duxerit producendos, ac eos diligenter examinare procuret, et de singulis circunstantiis diligenter inquirens de causis videlicet personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama, et certitudine, cuncta plene conscribat.* Y las resume su glosa en los siguientes versos:

Auditus, visus, persona, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitas que.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Y

(1) Cap 2. et ibi glos. verb. ... tras. Marant. part. 6. de Mor. *Interrogatoria*, ... lib. ... Ad ... n. 55 y 62. Paz tom. 1. bas, & In...

Y son: si oyó à los litigantes, ò à otro lo que depone, quándo, en qué parage, y cómo se llama el que se lo dixo; ò si lo vió, en qué dia, y lugar sucedió, à qué hora, y quiénes estaban presentes. Si conoce à los contendores, desde quándo, con qué motivo; por qué sabe lo que declara; quál fue la causa del hecho litigioso, y de moverse el pleito. Si lo tiene por cierto; en qué funda esta certidumbre; ò si lo cree, y por qué. Si de él, ò de ser asi hay fama pública en el Pueblo, en qué tiempo se empezó à divulgar ésta; si fue desde que se principió el litigio, ò antes, con qué motivo, y de quién sabe que provino. Y de todo ha de poner la respuesta que dé.

318 Suele haber testigos tan protervos, y llegar à tal extremo su perfidia, que olvidados de sí mismos, y con abandono de sus conciencias mienten à rostro firme por odio, pasion, ò soborno, ò palían los hechos de tal suerte que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del imponderable perjuicio que causan, y restitucion à que son responsables, ni de las penas con que están conminados. Y para evitar en lo posible los perjuros, y daños que pueden irrogar à las partes, especialmente en causas criminales; luego que el Escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle rectamente à la cara, como que le está leyendo, y penetrando su corazon; oírle con agrado, y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, (lo qual dicta, y exige tambien la buena crianza,) referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las repreguntas expresadas en el numero anterior segun sea el caso, y otras concernientes unicamente à apurar la verdad, y no mas, mirandole todavia à la cara, como lo manda la ley, (1) pues en el semblante podrá conocer si se perjura, ò no, por ser dificil mentir sin inmutarse, como lo dixo *Ovidio* en este exametro: *ò quam difficile est crimen non prodere vultu.* Bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del Juez, ò de algun miem-

(1) Ley 26. tit. 16. Partid. 3.

miembro de justicia se inmutan, y aturden: y lo mismo se debe practicar con la parte, quando le tome declaracion. Y si el testigo vacíla, y titubéa; aunque algunos (1) dicen que el Juez debe mandar poner en los autos su vacilacion, y causa de ella, y por qué modo vaciló; pero no se acostumbra.

319 Pero si la razon que el testigo dá de su ciencia, y dicho, no es verosimil, ni satisfactoria, ò parece contraria à lo que depone, ò está vario, ò se implica, ò titubea; ò es persona vil, ò sospechosa, puede replicarle: *que cómo pudo ser, respecto lo que dice: qué tiempo hacia, si estaba claro, ò nublo quando sucedió el caso; à qué hora fue: quiénes eran los circunstantes: de qué estaban vestidos*: y segun sea el hecho, ò cosa litigiosa, hacerle con arte, y disimulo las demás réplicas, y repreguntas genéricas, è indirectas que le dicten, è inspiren la imparcialidad, prudencia, y deseo del acierto, y tengan unica tendencia, no à que falte à la verdad, sino à desentrañarla, patentizarla, descubrir su mentira, y saber si viene, ò no sobornado por quien le presenta; para lo qual debe desnudarse de toda pasion, y tener siempre à la vista el temor de Dios, y à nadie respeto, aunque sea de la dignidad mas eminente, pues ésta como meramente accidental, y aerea, no le saca de la esfera de hombre como él, ni le constituye de masa distinta, y mas fina, ni tampoco le exime en el fuero interno de la responsabilidad ante el supremo Juez; pero no debe usar de preguntas, ni réplicas sugestivas con el testigo, ni con la parte, porque están reprobadas, como diré en el numero siguiente. Oida la respuesta del testigo, debe decirle substancialmente lo que depuso, y las razones que de su dicho dió; y si todo está conforme à su mente, sentarlo, ò escribirlo, sin añadir, ni quitar, leerselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado de lo que depuso, y enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende: y concluído, poner al

(1) Jacob. Cognacen. in repetit. cap. Quoniam contra, n. 59. de Probation. & ibi Paris de Puteo, n. 8. Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 10. n. 319.

al pie de la declaracion: *que se afirma, y ratifica en ella, y que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que tiene hecho*: y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras, y adiciones que haya, pues si no sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se reciban los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar; (1) al modo que tampoco son necesarios en los demás actos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse estos con ellos. (2)

320 Queda sentado en el numero inmediato que en el examen de la parte, y testigos no se debe usar de preguntas *sugestivas*; y porque el Escribano principiante ignorará quáles son, debo decirle para su inteligencia, que unas son claras, y otras paliadas; se llaman *claras* las que se hacen especificamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias, y qualidades de la causa civil, ò criminal, ò de la cosa hecha, ò delito cometido, v. g. si se pregunta al testigo: *si vió que Pedro mató à Juan en tal dia, en tal parte, y à tal hora, hiriendole con un puñal en el pecho.* Y paliadas quando se previene sutilmente al testigo, indicandole el modo de responder; ò se le abre camino, y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Cuyos modos de preguntar, como perniciosos, y reprobados por derecho, (3) no se deben usar, antes bien las preguntas han de ser genéricas, è indirectas, pues de lo contrario las respuestas serán dadas por los sugestores, y no por los preguntados, especialmente siendo pobres, ò sencillos, que aunque asientan à ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ò por no desagradar al que pregunta, que por

(1) Leyes 26. y 28. titul. 16. Partid. 3. y ley 8. titul. 6. lib. 4. Recopil.

(2) Ley In donationibus, Cod. de Donation. Paz in Prax. annotat. ultim. de Tabellione, n. 17.

(3) Ley 1. §. Qui quæstionem, ff. de Quæstionib. Scacia de Judic. lib. 1. cap. 86. Farinac. tom. 1. Prax. crim. quæst. 84. n. 91. y 92. y tom. 3. quæst 83. n. 84. y de Testib. quæst. 79. num. 78. Reinfestuel dicho titul. 20. §. 15. n. 516. hasta el fin lib. 2.

por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

321 Si el testigo despues de haber firmado su declaracion, y apartadose del Juez, ò Escribano que le examinó, hablâre, ò tubiere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere corregir, ò ampliar su dicho, no debe ser admitido; pero si hubiere declarado ambiguamente, ò no hubiere dado razon de él, puede ser llamado por el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no perezca la justicia de la parte, y valdrá su dicho en este caso, no obstante que haya hablado con ellas. Y lo mismo puede practicar el Juez à instancia de la parte que lo presentó, quando ésta halla que no fue preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito. (1)

322 No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que evaquen su declaracion; excepto que no pueda recibirsela entonces, pues en este caso se la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta quince dias à lo menos; (2) de lo qual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero en dicho caso debe practicar el Escribano dos cosas, la primera estender entonces el juramento en los autos, y que lo firme si sabe; y la segunda poner en la cabeza de la declaracion: *que la hace en fuerza del juramento que hizo tal dia*, (mencionandolo) *el que en caso necesario reitera*, lo que tendrá presente. Y quando el testigo juramentado en tiempo habil dice que duda de lo que se le pregunta, ò no se acuerda ciertamente, y pide termino para hacer memoria de ello, se le debe conceder. (3) Y lo propio milita para con la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí, y no por con-

(1) Ley 30. tit. 16. Partid. 3. Hermosill. en la 56. tit. 5. Partid. 5. glos. 6. num. 72.

(2) Ley 26. tit. 16. Partid. 3. ley Si quando 19. Cod. de Testib.

(3) Ley 11. tit. 11. Partid. dicha verb. *E si por aventura*: Speculat. tit. de Positionib. §. 6. vers. *Quid si interrogatus:*

consejo de su Abogado; (1) bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y dejo explicado en el num. 293. Y si uno, y otro dicen que no pueden evaquar su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, à fin de darla verídica, se les debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediendolo al testigo, podrá pedir la parte, y el Juez deberá mandar que la evaque despues de la publicacion, lo qual como justo, he visto practicar.

323 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce, dice al Escribano que tal, y tal testigo (nombrandolos) sean examinados solamente al tenor de ciertas, y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para quales fueron presentados, y de ningun modo examinarlos sobre las restantes, porque à mas de ser superfluo, y nada del caso, no aprovecha à la parte el que digan que las ignoran, se la evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

324 Cada testigo debe ser examinado secreta, y separadamente de los demás, sin que estos, las partes, ni otra persona le vean declarar, ni sepan lo que depuso, ni lo que se le preguntó hasta que se haga publicacion de probanzas; y no se ha de apartar del que le examina hasta que concluya su declaracion, (2) excepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para su evaquacion. El Escribano ha de estender sus dichos à la letra, y no en abreviatura, ni la letra muy metida, sin mudar palabra, ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley; (3) pero no obstante este legal precepto, se permite, y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles, y bien sonantes, que no varien la substancia, y antes bien hagan mas

(1) Ley 3. tit. 13. Partid. 3. cap. Per tuas, de testibus, y cap. Praterea, de testib. cogend.

(2) Ley 26. tit. 16. Partid. 3. ley 28. titul. 6. lib. 3. Recop. ley Nullum, Cod. de Testib. cap. Venerabili, de testib. y cap. Inquisitionis, §. 1. de Accusation.

(3) Ley 11. tit. 22. lib. 2. Recopil.

mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rustico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; cuesta muchisimo trabajo entenderle à algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan, y vean que los entienden. Previniendo, que si los testigos, ò las partes quieren escribir sus declaraciones, ò rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello.

325 Examinandose los testigos por medio de interpretes, han de jurar éstos: *que dirán en idioma Castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar, ni tergiversar cosa alguna*, y el testigo tambien ha de ser juramentado: previniendo, que si hay dos interpretes en el Pueblo, ha de ser examinado cada testigo por ambos à presencia del Escribano, para que no se dude de su deposicion; lo qual se entiende, à menos que los litigantes se conformen en que uno solo intervenga al examen, y juramento; (1) y asi se practica.

326 Están obligadas las partes à satisfacer à los testigos las expensas, è intereses, que pierdan por el tiempo que ocupen en ir à declarar, y regresar à sus casas; (2) y no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarlos, ni inducirlos à que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme à derecho; pero se les permite hablarles, y traherles à la memoria los hechos, y encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren, y de que se acordaren, (3) y à este efecto entregarles copia del interrogatorio.

327 Puede apremiar el Juez à los testigos por prision, y embargo de bienes à que comparezcan à su presencia à declarar bajo de juramento lo que sepan, ya sea en pleito civil, ò criminal, porque el testificar es oficio público, que

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 9. n. fin. et ibi Avilon, n.6. Gratian. Discept. forens cap. 228. n.21. y 22. y cap.235. Cur. Phil. part. 1. §. 17. n. 26.

(2) Ley 26. al fin tit. 16. Part. 3. et ibi glos. penult. y fin ley Quoniam liberi, 11. Cod. de Testib. y cap. Statutum, §. fin. de Rescript. lib. 6.

(3) Ley 8. al fin tit. 6. lib. 4. Recop.

que qualquiera debe exercer; y no debe admitir su dicho dado, ò embiado por escrito, porque à mas de no valer, está prohibido; (1) lo qual se limíta para con los expresados en el numero 300. pues con éstos debe practicar lo que alli queda expuesto, pidiendolo la parte. Y se previene que en las causas civiles arduas, y de importancia, y en las criminales, debe el Juez examinar por sí los testigos, sin cometer su examen al Escribano, ni usar de la cautela de que éste tome à solas sus dichos, despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea al Juez, pena à éste por la primera vez de cinco mil maravedis, y al Escribano de dos mil; por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios. (2)

328 Existiendo algunos testigos fuera del territorio, ò jurisdicion del Juez que conoce de la causa, ha de embiar requisitoria éste à el del Pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio, y demás conducente, para que los examine à su tenor; (3) con cuya requisitoria, ò con la receptoria si se despachare, se debe citar particularmente (como quando se sigue en rebeldía) à la parte adversa, si está en el Pueblo, ò à su Procurador, por si quiere ir, ò embiar persona que los conozca, y vea juramentar, para que le conste, y no se descuide. Y lo mismo se practíca, y debe hacer para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redarguidos civilmente de falsos, ò hacer vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que todo lo referido se mande; como se colige de la ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. Cuyas requisitorias debe cumplimentar, yendo documentadas, asi para el efecto referido, como para otra qualquiera cosa, ya sea en causa civil, ò criminal, no solo el Juez con quien expresamente hablen, sino el sucesor en su Audiencia, y juris-

di-

(1) Ley 6. tit. 6. lib. 4. Recop. leyes 31. y 35. tit. 16. Partid. 3. ley 1. ff y ley Constitutio 16. Cod. de Testib. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 24.

(2) Ley 27. al fin tit. 16. Partid. 3. ley 19. cap. 5. tit. 6. y ley 15. tit. 7. lib. 2. y leyes 50. tit. 4. y 28. y 44. tit. 6. lib. 3. Recop.

(3) Dicha ley 27. tit. 16. Partid. 3. ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. ley Judices, Cod de Fide instrumentor. y cap. Cum causam, de Testib.

dicion, aunque en ellas no esté nombrado, y el requirente haya fallecido, ò cesado en su oficio, como sienta el Sr. *Covarrub. Pract. cap.* 11. y es corriente en la práctica.

329 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados, y conducentes à su defensa, ya sea por olvido, ò porque al tiempo de su formacion no creyeron poder probarlos, y despues de presentado, hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento, ò por otro interrogatorio, y pretender se examinen à su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del termino probatorio, pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo, ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas à los testigos; lo qual es corriente, y asi lo practiqué, y ví practicar.

330 Un solo testigo por autorizado, y encumbrado que sea, no hace prueba, regularmente hablando; (1) excepto que esté constituido en la dignidad de Emperador, Rey, ò Papa; (2) bien que quando no se trata de perjuicio de tercero; ò se convienen las partes; ò el testador mandó que en quanto à su herencia se esté al dicho de cierta persona, que señala; ò para probar la inocencia del acusado; ò en las causas, en que de ningun modo, ò al menos con grave dificultad se pueden aducir muchos testigos; ò quando con su dicho concurre la fama; ò para probar la causa verosimil de ignorancia; ò en causas muy leves; y en otros varios casos (que trahe *Reinfestuel lib.* 2. *Decretal. tit.* 20. §. 8. *per tot. y tit.* 19. §. 3. *numer.* 61. *al* 68. apoyandolos con textos, y doctrinas, y omito por no importar al Escribano saberlos) hace prueba el dicho de un testigo solo.

331 Dos testigos contestes en cosa, ò hecho, tiempo, lugar, y circunstancias, y no varios, ni singulares hacen ple-

(1) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley 32. tit. 16. Partid. 3. cap. Licet universi 23. de Testib. y Canon, Si testes, §. Ubi numerus 4. quæst. 3.

(2) Dicha ley 32. tit. 16. ley Omnium, Cod. de Testib. cap. Cum à nobis 28. eod. tit. y Clementin. unic. de Probation.

plena probanza, siendo habiles, idoneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos, ni personas; à menos que sea para justificar paga, ò liberacion de debito, ù otro contrato, de que se haya otorgado escritura pública, ò testamento, ù otra ultima voluntad, pues entonces son necesarios mas, (1) como he sentado en mi primera parte.

332 Pero no obstante esto, se permite à cada litigante que presente hasta treinta testigos sobre cada pregunta, ò articulo, con tal que jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar; y sino hay mas que un interrogado, ò pregunta, los treinta solamente. Mas si despues de nombrados supiere de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare asi: en este caso dejando los que no estén examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el numero referido, y no mas. (2) Y si de los presentados no quiere que se examinen todos, nadie le puede precisar à ello, porque asi como está en su arbitrio el hacer, ò no prueba, lo está tambien el presentar, y hacer que se examinen, ò no los presentados, y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir que en la segunda, ò tercera instancia en grado de apelacion, y suplicacion no se deben admitir interrogaciones, ni testigos sobre los mismos articulos, ù otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes, ò en alguna de ellas se recibieron, ya tengan su tendencia à los meritos de la causa principal, ò à las tachas de los testigos examinados en qualquiera de las instancias anteriores; y el Abogado que pusiere las interrogaciones, incurre en la pena de mil maravedis. (3)

333 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos, digan que no quieren presentar mas, no se

(1) Leyes 32. y 40. tit. 16. Partid. 3. ley Ubi numerus cit. y cap. In omni negotio, de Testib. Deuteronom. 19. vers. 15. Math. 18. vers. 16. y Luc. 17.

(2) Ley 11. tit 22. lib. 2. y ley 7. tit. 6. lib 4. Recop.

(3) Ley 4. tit. 9. lib. 4. Recop. Clementin. 2. de Testib. Sr. Covar. Pract. cap. 18. n. 6.

se les han de dejar de admitir por eso los que presenten hasta los treinta expresados, con tal que sea dentro del termino probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones, y las de los de su contendor, y no de otra suerte, como lo manda la ley 34. tit. 16. Partid. 3. ibi: *E en tal caso como este dezimos que si los testigos que eran recebidos, non fueren abiertos, è jurare éste que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixeron los testigos que habia aducho primeramente, nin los otros que habia dado su contendor, è non fueren pasados todos los plazos en que habia poderío de probar: que deben ser recebidos á su prueba, è non há porque le empecer lo que dixo que non queria dar mas pruebas. E esto es porque los Juzgadores siempre deben ser apercebidos para puñar de saber la verdad por quantas partes pudieren. Mas si los plazos fuesen pasados, non se los deben despues recebir, salvo ende carta, ò instrumento.* Y por esto los Escribanos en el requerimiento que hacen á las partes para si quieren presentar mas testigos, y respondeu que no, ponen quando faltan algunos dias de termino, el adictamento: *por ahora, y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente.* Cuyo adictamento es muy util, aunque no necesario; por lo que el Escribano comisionado puede sin embargo de que no se ponga, recibirlos, sin que la parte tenga precision de acudir al Juez para ello, durante el termino probatorio, porque en virtud de la comision le subrroga en su lugar, y dá las facultades, que á dicho fin le concede la ley.

334 Queda sentado en el numero 330. que dos testigos contestes en cosa, tiempo, lugar, y circuntancias, y no varios, ni singulares hacen plena probanza, concurriendo en ellos las qualidades allí expresadas. Y para que el Escribano principiante no dude quáles son contestes, y quáles singulares; de quántas maneras es la singularidad, y si prueban, ò no; digo que se llaman *contestes* los que deponen de un mismo hecho sin variedad alguna, v. g. que Pedro mató á Juan en tal parte, en tal dia, á tal hora, con tal instrumento, &c. y singulares los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del su-

suyo, y no concuerda con el otro. (1)

335 La singularidad es de tres maneras, *obstativa; adminiculativa; y diversificativa.* (2) Se llama *obstativa*, ò *adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos, que deponen de un mismo hecho; ò repugnancia en sus dichos; v. g. dice uno que Pedro hizo la muerte, ò hurto en tal parte, y à tal hora; y otro que la executó en otro lugar, y à otra hora; pues repugna que una misma muerte, ò delito pudiese haber hecho, y cometido en diversos parages, y à distintas horas, por lo que à ninguno se debe creer, ni deferirse el juramento supletorio; y asi mas vale un testigo idoneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad; (3) por cuya razon despreció Daniel los dichos de aquellos dos impudicos monstruos humanos, que he referido al fin del numero 290. de este capitulo.

336 Adminiculativa, ò *cumulativa* se llama, quando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente, para probar aquello que se controvierte; v. g. dice uno que vió à Pedro quitar un caballo; y otro que oyó decir à Pedro que habia quitado aquel mismo Caballo. Lo qual sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos tienen su tendencia à averiguar el hecho questionable, ò litigioso, pues unos suelen deponer de vista; otros de fama, oídas, ò confesion de él; y otros de hechos, que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes; por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso por la falta de repugnancia, ò contrariedad; y asi en las cau-

(1) Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 9. n. 282. al 284.

(2) Bald. in cap. Licet causam, n. 11. de Probation. Farinac. de Testib. quæst. 64. n. 4. Pirhing. eod. tit. n. 142.

(3) Cap. In nostræ 32. de Testib. Bald. in cap. Licet, cit. Alex. consil. 94. n. 1. y 4. lib. 6. Mascard. de Probation. conclus. 958. n. 20. Farinac. quæst. 64. dicha, n. 37. 41. y 44. al 50. Jason in repet. leg. Admonendi, num. 156. de Jurejurand.

causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo, ò generico, hacen plena prueba; (1) y siendo interrogados sobre él, ò sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, ò partes del preguntado; como todos miran por distintos medios à un propio fin, y substancia de la question, no se juzgan singulares, sino contestes; (2) pero si se trata de algun acto particular, ò especial, è individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el Juez puede deferir el juramento supletorio. (3) En las criminales no prueban tampoco para la condenacion de la pena ordinaria, pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al Juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura, ò imponerle pena extraordinaria; (4) pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada, (5) no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

337 Y singularidad *diversificativa* se llama quando los testigos deponen de diversos hechos, que no son contrarios, ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. g. dice uno que Pedro prestó à Juan cien reales en tal dia, y tal parte: y otro que le prestó veinte en otro dia, y parage, pues no se implican, porque todo puede ser; y asi estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno. (6)

Pro-

(1) Glos. in leg. Ob carmen, ff. de Testib. et in cap. Nihilominus 3. quæst. 9. Felin. in cap. Licet ex quædam. n. 2. vers. *Secundo limita*: et ibi Bald. n. 9. de Testib. Farinac. quæst. cit. n. 115. 150. 160. y 164. Mascard. concl. 1025. n. 24. y sig.

(2) Ley Qui sententiam, Cod. de Pœnis. Reinfestuel lib. 2. tit. cit. n. 297. al 306.

(3) Glos. in cap. Nihilominus, cit. Felin. in cap. Licet, cit. Farinac. quæst. dicha, n 52. 113. y 126. Mascard. conclus. 958 n. 20. al fin.

(4) Farinac. Prax. crim. lib. 1. quæst. 37. n. 34. y 35.

(5) Ley Sciant cuncti, 25. Cod. de Probation. cap. 1. de election. Canon Testes 2. quæst. 7. Reinfestuel ibi n. 307. hasta el fin.

(6) Farinac. quæst. 64. dicha, n. 42. y 47. Reinfestuel ibi n. 294. al 296.

338 Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el Juez seguir, y governarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque sean menos en numero. Siendo iguales en fama, y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, se ceñirá à la pluralidad de numero; y si lo son en el todo, y los de la una deponen lo contrario, debe absolver al reo; (1) à menos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote, y testamento, pues entonces ha de decidir por éstas. (2) Y si los de una parte discordaren, debe creer à los que digan lo mas verosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos: lo qual no sucederá si presenta dos instrumentos contrarios, pues à ninguno debe creer; y la razon legal es, porque puede verlos antes, y mirar si le aprovecha, ò daña su presentacion, y asi echese la culpa de su inadvertencia; pero en los testigos no puede saberlo, porque à la parte suelen decir una cosa, y ante el Juez declarar otra, como lo vemos, y lo dice la ley; y si el testigo es contrario à sí mismo en su dicho, no hace fé. (3)

339 Comprometiendose las partes en arbitros, si éstos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el Juez ha de sentenciar, ò no por sus dichos, en caso que los arbitros no decidan su contienda, se debe estár al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella, contra quien se produxeron, el pasar por sus dichos, y hacer que buelvan à declarar ante el Juez; pero si ya estubiesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el Juez sentenciar con arreglo à ellas; bien que no se priva à la parte de alegar contra las personas, y dichos de los testigos. (4)

340 Consistiendo el pleito en ciencia, arte, ù oficio, han de nombrar las partes dos peritos, para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el Pueblo;

(1) Ley 40. tit. 16. Partid. 3.
(2) Cap. Ex litteris, 3. de Probation. et ibi glos. y cap. ultim. de Sentent. et re judicat.
(3) Ley 41. tit. 16. Partid. 3.
(4) Ley 38. tit. y Partid. dicha.

blo; y si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el Juez de oficio por su rebeldía; pero sino hay mas que uno, bastará; excepto en las causas arduas, y de entidad, y magnitud, en las quales se deben buscar dos. (1) Con ellos, y con el tercero que se elija en caso de discordia, ya asista, ò no con ellos à la vista ocular, ò reconocimiento; nada mas tiene que hacer el Escribano que recibirles el juramento *de que dirán la verdad como la conciban segun su inteligencia con arreglo à su arte, oficio, ò ciencia, sin causar agravio à ninguna de las partes*; pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan, para que las estienda en los autos, coordinandolas segun estilo forense. Previniendo que para que depongan con justificacion, y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero unos, y otros con las declaraciones de ambos peritos, à fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada, y han de ser juramentados en el termino probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercero puede serlo despues.

341 La quarta especie de prueba es por instrumentos; y para que el principiante sepa quales hacen fé en juicio, se le advierte que el instrumento es de tres maneras: *público, authentico, y privado*: de los dos primeros toqué algo en el capitulo 16. que es el final de mi primera parte, adonde le remito; y añado ahora que el instrumento público se llama asi, porque lo autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey, que se estableció para la pública utilidad, y se otorga ante testigos; por lo que si lo está por Escribano no conocido en el Juzgado, en que se presenta, y la parte contra quien se produce, lo redarguye de falso, diciendo que el que lo autorizó, no es, ò no fue Escribano; no hace fé, si à lo menos por fama pública del Pueblo, en que

(1) Hermosill. en la ley 56 tit. 5. Partid 5. glos. 6. ex n. 24. al 60. Gom. lib. 2 Var. cap. 9. n. fin. vers. *Et ex superioribus*: Amaya in leg. Cod. de Jure fisci.

que suena otorgado, no se justifica haberlo sido; (1) ò sino está comprobado por dos, que dén fé no solo de que es Escribano, sino de que la firma, y signo puestos à su final, son suyos, pues puede ser Escribano, y el instrumento suplantado; y lo propio sucede, habiendose hecho en parte remota. (2) Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fue Escribano el que lo autorizó, por la gravisima dificultad de hallar testigos del conocimiento de éste; en cuyo caso se omite el reconocimiento. (3)

342 Alegando la parte que es falso el instrumento, que contra ella se produce, porque en el dia que aparece otorgado, existia fuera de aquel Pueblo, y en otro tan distante que no podia haber venido naturalmente, en el que fue testigo de otro instrumento; para probar su falsedad, ha de presentar otro público hecho en aquel dia, en el en que dice estubo, y de que fue testigo, ò à lo menos quatro testigos idoneos, y legales que depongan haber estado en otro diverso de él, en que suena otorgó el redarguido; pero si el instrumento no es público, bastan dos, que asi lo declaren; y ya lo sea, ò no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia, ni por calumniar, sino porque cree que es falso. Todo lo qual se entiende quando la parte que lo produce, quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad. (4)

343 Afirmando el Escribano de buena fama que no hizo el instrumento, debe ser creído, no probandose plenamente lo contrario; y tambien confesando que sí, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ò digan que no se acuerdan

(1) Ley 115. tit. 18. Partid. 3. cap. 2. et ibi glos. et DD. de Fide instrumentor. Authent. de Instrument. cautel. novel. 73. cap. 5. collat. 6. Abb. in cap. 1. num. 2. de Fide instrument.

(2) Ley Jubemus 24. Cod. de Probation. Parej. de Edition. tit. 1. resolut. 3. §. 2. n. 42. 51. y sig.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha Ley 115. glos. 5. Barbos. in Collectan. de Fide instrum. cap. 1. Parej. ubi supr. n. 35 y 59. Sr. Covar. Pract. cap. 21. n. 7. Mascard. conclus. 1097.

(4) Leyes 112. 116. y 117. tit. 18. Partid. 3. y ley 3. Cod. de Fide instrumentor.

dan si presenciaron, ò no à su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros terminos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando, ò negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creídos, y no el Escribano. (1) De lo qual traté en el cap. 1. num. 35. lib. 1. de esta segunda parte, distinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia.

344 Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el Escribano que aparece, porque su signo, firma, y letra son desemejantes à las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creído. Si lo niega, no debe hacer fé. Y si dice que lo hizo, pero que fue falso, y con error, tambien ha de ser creído. Si ha muerto, ò está ausente muy lejos, se deben elegir perítos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma, y signo, con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren, y parezca al mismo Juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar, pues está en su alvedrío el darle, ò no credito, porque la ley (2) fundada en que por la mudanza de tinta, ò pluma, ò por enfermedad, ò vejéz del que escribe, suelen desemejarse las letras, (como diariamente lo vemos, pues muchas veces no conocemos lo que hemos escrito, y además de eso algunos saben fingirlas, è imitarlas) no le sujeta precisamente à lo que produzca la comparacion, ò cotejo, por no ser prueba acabada: y asi lo podrá estimar, ò despreciar, segun conceptúe mas conforme, y verosimil. Y si se cotejan firmas, cartas, ù otros papeles privados, ha de ser con otros indubitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante Escribano, de cuya certidumbre, y veracidad no se debe dudar; pues siendo con otros, no sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta, en que se afianze.

Aun-

(1) Dicha ley 115. verb. *E si por aventura*: y ley Si quis Decurio, Cod. de Fals.

(2) Ley 118. tit. 18. Partid. 3. Authent. de Instrum. cautel. et fide, cap. 7. §. In his vero, y §. Si vero, collat. 73. Mascard. conclus. 330.

345 Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contesto por testigos, ò por otro medio legal, (1) y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el Escribano; mas no, quando se hace por otro instrumento, porque no puede exercer actos de testigo, y Escribano à un propio tiempo, (2) Y se previene que los instrumentos que la parte produce judicialmente, han de estár en el idioma vulgar del Pueblo del juicio, y en letra legible, y clara, pues de lo contrario se los harán traducir, y poner à su costa en la corriente; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante, ò antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado à poner de letra corriente lo que esté obscuro, antes bien debe el contendor ponerlo à su costa, porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso práctico me sucedió en cierto pleito en el Consejo.

346 La parte que produce el instrumento una vez antes de la contestacion, está obligada à reproducirlo en la prueba, ya diga, ò no su adversario que quiere redarguirlo de falso, civil, ò criminalmente; (3) y no solo tiene esta obligacion en primera instancia, sino en la segunda de apelacion; y mas quando el instrumento mira à los meritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antiguedad, ò media interés de la parte, que lo pide, y ningun perjuicio se irroga à la que lo ha de presentar; (4) lo qual es corriente en la práctica.

347 Tambien ha de reproducir en el termino de prueba la hecha con legal formalidad, ya sea por testigos, instrumentos, ò en otra manera en otro juicio con el colitigante, ò su causante, v. g. quando siguió via executiva so-

(1) Ley 32. tit. 16. y ley 117. tit. 18. Partid. 3.

(2) Glos. & Doctor. in leg. Hac consultissima, Cod. de Testam. Tondut. lib. 2. quæst. 68.

(3) Ley final, Cod. de Fide instrumentor.

(4) Parej. de Edition. tit. 3. resolut. 3. n 9 y tit. 5. resolut. 1. n. 62. y 65. y resolut. 5 num. 32. Felin. in cap. . . n. 28. de Probation. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 1. num 5. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 90.

sobre paga de alguna suma, y al mismo tiempo intentó con ella otra accion ordinaria, y sobre ésta se le reservó su derecho para el juicio correspondiente: en cuyo caso si la prueba conduce à la accion, ò excepcion ordinaria, debe reproducirla, *pidiendo se haya por reproducida, y entienda con la prueba*, à lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues sino la reproduce, ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

348 Para que haga fé el *traslado*, ò *exemplar* sacado de la copia original, y pruebe contra la parte, contra quien se produce, ha de ser dado en virtud de auto de Juez, precediendo citacion de ésta, siendo autorizado por otro que aquel, ante quien pasó, porque si lo está por éste, y es de los de que puede, y debe dar quantas le pidan, el mismo efecto produce que la copia original, como he sentado en el cap. 16. de mi primera parte num. 4. al fin, acerca de lo qual vease al *Sr. Covarrub. Practic. capit.* 21. *num.* 2. *al* 6. en donde trata qué fé merece el traslado, ya sea, ò no sacado del protocolo por el Escribano ante quien se otorgó, ò por otro. Y aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el Escribano que sacó el traslado, sino se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarlo, y no dudar de él la parte adversa. Y lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion, ò sin ella, y por el Escribano ante quien pasó, ò por otro.

349 Hace fé, y prueba el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, quando en virtud, y à consequencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que lo presenta, ò à la persona, cuya causa trahe; en cuyo caso basta el transcurso de treinta años, como lo afirma el *Sr. Covarrub. Pract.* cap. 21. dicho numer. 7. §. *Tertius casus est*: ibi. *Quia et plena fides huic exemplo datur ubi fuerit ab ejus confectione, et traductione lapsum tempus triginta annorum cum usu, et possessione illius juris, quod in eo continetur.* Y lo he visto executoriado por el Consejo en pleito de un Patronato Real de Legos del Lugar de Bicalbaro de esta jurisdicion. Lo qual

qual se entiende, no probandose la falsedad del instrumento, porque si se prueba, en ningun caso hace fé. El que quiera saber quando hace, ò no fé el instrumento antiguo: qué tiempo se requiere para constituir la antiguedad: y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al *Sr. Covar.* en dicho *cap.* 21. *y num.* 7. que trahe nueve casos.

350 El instrumento *authentico*, (que es el que está vigorizado con el Sello del Rey, Principe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar, ò de otra persona constituida en dignidad, v.g. Grande, Duque, Conde, Marqués; ò de Concejo,) hace fé para probar su contesto contra el que lo mandó sellar; mas no à su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ò mandó hacer, y sellar con su sello, y por él se obligó à dar, ò pagar alguna cosa consistente en numero, peso, ò medida, si lo reconoce en juicio; pero no si lo niega, à menos que se pruebe con testigos; ni tampoco quando es de otro contrato, v. g. compra, venta, ò cambio de cosa raíz, &c. porque éstos deben otorgarse ante Escribano público, y testigos, y asi solo inducen presuncion. (1)

351 Se diferencian el instrumento público, y authentico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescriptas por derecho para su validacion, y firmeza; y por authentico el que hace fé por sí mismo, ya sea por estár robustecido con el sello del que lo hizo, ò de otra suerte, de modo que no necesita de otro adminiculo para hacerla; bien que el público se suele llamar tambien authentico, pero no público éste, porque no se otorga ante persona pública, ni ante testigos, ni con solemnidad alguna para hacer fé, pues la hace por sí, sin tener que remitirse à otro. (2)

Hay

(1) Leyes 1. y 114. titul. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en esta glos. 10.

(2) Abb. in cap. 1. de Fide instrument. num. 1. Speculat. tit. de Instrumentor. edition. §. Nunc videndum, n. 1. Paz Jordan tom. 1. tit. de Fide instrument. artic. 13. n. 5. Reinfestuel lib. 2. tit. 21. §. 1. num. 13. al 16.

352 Hay dos clases de privilegios, unos son para hacer, y otros para no hacer, ò no dar, ni pagar alguna cosa. (1) Los primeros se extinguen, y perecen por el no uso de diez años contados desde el dia de su concesion; y los otros por el de treinta contados en igual forma. (2) Al que alega haberse perdido por el no uso, ò contrario uso, incumbe la prueba, porque este es el fundamento de su intencion; (3) à menos que sean de *confirmacion*, pues en este caso debe probar que se usaron el que los presenta, y solicita su continuacion, mas no el que niega haberse usado. (4)

353 Tambien se pierden para siempre, por haber abusado, ò usado mal de ellos desde la primera vez, ò por redundar con el tiempo en daño de muchos; ò por no usar de ellos en juicio para su defensa, siendo demandado. (5) Y para que hagan fé, han de estár sellados con el Sello que usaba el Rey que los concedió; ser conformes en todo à los que expedia; no estár rotos, cancelados, ni sospechosos en parte substancial; y presentarse originales, pues las copias testimoniadas no sirven, sino se comprueban con éstos. (6)

354 El instrumento *privado* (que se llama asi el que no está autorizado en forma por Escribano, ni sellado como el authentico) es de tres maneras, à saber: *apocha*, ò *chirographo*, bajo de la que se incluye la *antapocha*, ò *syngrapha*; libro de *cuentas*, ò *inventario privado*, y *cartas*. (7) Apocha, ò chirographo es el instrumento, ò resguardo que el acreedor dá à su deudor para acreditar lo

(1) Ley Falso, Cod. de Rescript. divers. y ley 42. tit. 18. Partid. 3. Sr. Castill. de Tertiis, cap. 19. num. 2. Garcia de Nobilitate glos. 6. ex num. 36.

(2) Dicha ley 42. titul. 18. y ley 1. ff. de Nundinis cap. de Terra, y cap. Accedentibus, de privileg. Garcia ibi, n 38. Marienz. en la ley 1. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 17. num. 1. al 3.

(3) Sr. Greg. Lop. en la glos. 1. al fin de dicha ley 42.

(4) Ley 27. tit. 18 Partid. 3.

(5) Ley 43. dicho tit. y Partid.

(6) Leyes 44 y 114. titul. 18. Partid. 3.

(7) Bart. in Authentic. At si contractus, §. Ut igitur, Cod. de Fide instrumentor. Mascard. de Probation. quæst. 6. num. 26.

lo que recibió de él, y le pago. (1) Antapocha es al contrario de lo que el deudor percibe prestado, ò à censo, ò en otros terminos de su acreedor, con la qual acredita el debito de aquel, (2) que en castellano llamamos *vale*, ò *pagaré*. Syngrapha es escritura, ò cedula que hacen algunos para la fé de sus pactos. (3) Libro de cuentas es escritura privada, en que alguno sienta lo que dá, y recibe. Inventario privado es la en que sienta sus bienes. (4) Y epistola, ò carta es escritura privada que alguno embia à otro ausente.

355 Aunque merece, y se debe dar credito al instrumento público, no obstante que hayan muerto el Escribano que lo autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento: (5) no sucede esto con el privado, y asi no hace fé, ni prueba por sí solo en juicio; (6) y para que la haga, es preciso que lo reconozca el que lo hizo, ò firmó, ò en defecto del reconocimiento, ò por su negativa que se compruebe por dos testigos idoneos, y fidedignos à lo menos, que bajo del propio juramento declaren con su citacion que se lo han visto firmar; previniendo que aunque se compare, ò coteje con otros veridicos, è indubitados del que lo hizo, y la letra, y firma de todos se asimilen en todo, ò declaren testigos que lo tienen por suyo, por haberlo visto firmar muchas veces, no merece fé, ni hace prueba, (7) pues la ley no estima por bastante la comparacion sola, y asi lo deja al arbitrio del Juez para que la aprecie, ò desprecie (8) como he sen-

(1) Glos. in leg. Plures, Cod. de Fide instrument. verb. *Apocha.*

(2) Glos. cit. in dict. leg. Plures.

(3) Nebrija in Vocabular. jur. verb. *Syngrapha.*

(4) Ley Si quis ex argentariis, §. Rationem, ff. de Edendo, et ibi glos.

(5) Cap. penult. y ultim. de Fide instrument. Decio in cap. 2. eodem tit. col. 1. y ley 55. tit. 18. Partid. 3.

(6) Ley Instrumenta, ley Rationes, y ley Exemplo, Cod. de Probation. Authent. Si quis, Cod. Qui potiores in pignor. Authent. de Instrument. cautel. et fide, §. Si vero, collat. 6. y cap. 2. de Fide instrument.

(7) Leyes 112. 114. y 119. y sig. tit. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ellas.

(8) Ley 118. cerca del fin tit y Partid. cit.

sentado en el numero 344. sobre lo qual vease al *Sr. Covar. Pract. cap.* 22. que lo trata con claridad.

356 Los libros de cuentas que los Mercaderes, y otros tienen en su poder, en los que sientan lo que dicen les deben, no prueban sino contra ellos mismos; pero si incluyen cantidad cierta, y à la verdad es mayor el debito, pueden sus herederos probarlo, à menos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ò remitan el exceso al deudor, pues entonces no se debe admitir prueba à los herederos, ni pueden pedirlo. (1) Y si los libros contienen varias partidas en pro, y contra, ha de aceptarlas, ò desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable, y repudiar lo adverso. (2) De estas clases de instrumentos tratan con bastante extension *Reinfestuel lib.* 2. *Decretal. tit.* 22. §§. 5. 6. *y* 7. y otros Autores que cita, con muchas especies dignas de saberse por los Letrados, y no precisas al Escribano, por lo que las dejo en silencio.

357 La quinta especie de prueba es *por vista ocular, y evidencia de la cosa, ò hecho*; la qual en los casos en que puede recaer, y consistir, como son sobre edificios, terminos de Pueblos, y heredades, injurias graves, y otros semejantes, à que asiste, ò puede asistir el Juez, hace fé, y prueba. (3) Previniendo que sin preceder este requisito en los casos en que es preciso, no debe el Juez dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13. al fin titul. 14. Partid. 3. ibi: *Cá en qualquier destas razones non debe el Juzgador dar el pleito por probado, à menos de ver él primeramente quál es el fecho, por qué ha de dar su juicio, è en qué manera lo podrá mejor, è mas derechamente departir.* Y que si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

La

(1) Ley 121. dicho tit. y Partid.

(2) Sr. Salg. part. 3. Labirint. cap. 4. n. 32. Noguerol allegat. 33. n. 35. Escobar de Ratiocin. cap. 13. num. 10.

(3) Ley 8. verb. *Otrosí hay otra manera de prueba*: y ley 13. tit. 14. Partid. 3.

358 La sexta es por *presuncion*, ò *conjetura*, la qual es una razonable prueba de cosa dudosa, que se colige de argumentos, è indicios que vienen frequentemente por las circunstancias de las cosas. Hay presuncion *de derecho, de hombre, y de hecho.* La de derecho es la que está expresa en él, y por ella determina alguna cosa veridica, y cierta, la qual hace plena prueba, siendo bien determinada por la ley, (1) y la llaman los Legistas *juris, et de jure*, y quando no la determina, la llaman *juris tantum.* La de hombre es la que no está en el derecho, y solo por las circunstancias que concurren, concibe alguna cosa el prudente; pero ésta no hace prueba, aunque sea del Juez, porque como hombre puede engañarse: excepto que sea grande, ò manifiesta, pues entonces se eleva à la esfera de evidencia. (2) Y la presuncion de hecho es aquel concepto, que se forma por las ocurrencias pasadas, ò futuras de lo que sucedió, y puede suceder, como lo dicen estos versos:

Rumor de veteri faciet ventura timeri.
Crâs poterunt fieri turpia, sicut heri.

Y esta tampoco hace prueba. El que quiera instruirse de la materia de presunciones, sus efectos, y prevalencia quando concurren muchas; en qué se diferencian de las conjeturas, è indicios; y otras cosas dignas de saberse, vea à *Menochio* en su tratado, y à otros que cita *Reinfestuel lib. 2. tit. 23. §§. 1. al 14.* pues por ser bastante difusa, y solo precisa para los Letrados, no la explico.

359 La septima es por *ley*, ò *fuero*: para lo qual se debe tener presente, que si los contendores son extrangeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su Reyno, ò sobre cosa que en él existe, se ha de decidir con arreglo à las leyes, y fueros que en él se observan, haciendolos constar; pero si la cosa existe, ò el contra-

(1) Leyes 8. 10. y 12. tit. 14. Partid. 3.
(2) Ley 11. tit. 14. Partid. 3. Menoch. de Præsumption. lib. 1. quæst. 3. y 60. Card. de Luca de Judic. discurs. 33.

trato se celebró en éste, se debe resolver por las de él, porque las del suyo no tienen aqui fuerza de tales. (1) Y si son regnicolas, se ha de observar lo que manda la ley 1. de Toro, que es la 3. tit. 1. lib. 2. Recop.

360 Y la octava especie de prueba, y ultima pregunta general, de que traté en el num. 312. es *por fama*, y asi se articúla en los interrogatorios: *que los testigos digan de público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion.* Y para que el Escribano no ignore lo que es, qué efectos produce, ni qué cosas se requieren, à fin de que haga prueba; digo que la fama es de dos maneras: *de hombre, y entre los hombres.* (2) La de hombre es comun opinion manifestada con palabras, y proveniente de sospecha, (3) ya se dirija à buena, ò mala parte, pues siendo à buena, es argumento de virtud, (4) y de esta habla San Agustin; (5) y siendo à mala, se llama *infamia*, ò privacion de fama. (6) Y la entre los hombres no es otra cosa que una pública, y comun insinuacion, ò proclamacion provenida de sospecha, y autor cierto, (7) la qual à veces procede de ciencia; otras de sospecha; y otras de cierto, ò incierto autor, (8) y la explicaron, y pintaron bien à lo vivo *Virgilio* en su *Æneid.* 4. y *Ovidio* en el lib. 12. de sus *Metamorphoseos*, de cuyos versos omito la insercion por no ser necesaria.

361 La fama entre los hombres es de dos maneras, una quando se dice de alguno si es bueno, ò malo; y otra de hecho particular bueno, ò malo de otro; (9) y ésta por razon de su origen se puede distinguir de tres modos; el pri-

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

(2) Fagnan. in capit. Vestra, n. 27. de Cohabitat. clericòr. Bart. in leg. de Minore, §. Plurimum, ff. de Quæstion.

(3) Bart. in dict. leg. n. 8.

(4) Bald. in capit. in Genesi, num. 66. de Election.

(5) Canon Nolo 12. quæst. 1. y Canon Non sunt 11. quæst. 3.

(6) Glos. in leg. Cognitionem, ff. de Variis extraordinar. cognition. verb. existimatio.

(7) Nebrija in Vocabular. jur. verb. *Fama.* Fagnan. Loco cit. numer. 38.

(8) Canon Sanctum est, de consecration. distinct. 4 Speculat. tit. de Notor. crim. §. Fama est.

(9) Ley 3. §. Ejusdem, ff. Hoc tit. Bart. in leg. de Minore cit. n. 7. Mascard. conclus. 794. n. 4.

primero, quando es vana voz del vulgo, ò rumor del Pueblo, que no tiene autores ciertos, ni razones probables para que el hecho sea creído, la qual no debe ser atendida, ni estimada por tal. (1) El segundo, quando se origina de algunas personas malevolas, y sospechosas, que por su propia utilidad, y comodidad, ò por malevolencia esparcen aquella voz; y ésta tampoco es fama, ni merece sino omnimodo, y absoluto desprecio. (2) Y el tercero, quando trahe su origen de personas graves, y timoratas, de cuya comodidad no se trata, para que no se presuma que esta fue la causa de esparcirse, y originarse. (3) Y se llamará propiamente *fama*, quando todos los vecinos, ò la mayor parte del Pueblo afirman algun hecho, por haberlo visto, ù oído à personas ciertas, y fidedignas, que lo vieron; à diferencia del *rumor*, pues para éste basta que algunos lo digan, sin señalar el autor de quien lo saben. (4)

362 El efecto de la fama originada de personas timoratas, y fidedignas, es hacer regularmente semiplena probanza; bien que se deja al arbitrio del Juez, para que atendidas la qualidad de ella, las causas, conjeturas, y personas de quienes trahe su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias, la dé el aprecio que merezca, y se concilie; por lo que aun sobre hacer prueba semiplena en materias civiles están vacilantes los autores, porque es faláz, y facilmente siguen muchos el dicho de uno, (5) como la experiencia lo acredita; pero en los negocios criminales no la hace, porque debe ser clara como la luz, concluyente, è indubitada, y no se han de determinar por sospechas. (6)

En

(1) Ley Decurionum filii, C. de Pænis. cap. Osius Episcopus 2. de Election. et ibi glos. verb. Populi.

(2) Cap. Qualiter, & quando 24. de acusation.

(3) Dicho cap. Qualiter, y capit. Licet ex quadam 47. hoc tit.

(4) Bald. in cap. Tua, n. 4. de Cohabitat. clericor. Fagnan. in cap. Vestra, n. 44. eod. tit.

(5) Abb. in cap. Veniens ad nos 10. n. 8. y Felin. n. 11. hoc tit. Bart. in leg. de Minore, §. Plurimum, ff. de Quæstion. Reinfestuel lib. 2. tit. 20. §. 12. n. 400. y 401.

(6) Ley 12. tit. 14. Partid. 3. ley Qui sententiam, Cod. de Pænis, ley Absentem, ff. eod. tit. y ley final, Cod. de Probation.

363 En hechos antiguos que exceden la memoria de los hombres, prueba plenamente; (1) y en cosas de leve perjuicio; (2) en las de dificil prueba; (3) y quando concurren con ella otros adminiculos, y presunciones; (4) ò se trata del remedio *reintegrandæ*, para que el despojado sea restituído; (5) ò de evitar pecado; (6) ò de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ò parte remota, como sentè en el num. 172. ò quando la opinion de todos los hombres del Pueblo es de la certidumbre immemorial de aquella cosa; ò la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho; y en otros casos que trahe *Mascard. conclus.* 754. desde el num. 22. al qual, y à otros podrá ver el Legista, pues para dar alguna tintura al Escribano basta lo explicado.

364 Cinco cosas se requiren à lo menos para que la fama pruebe; la primera, que sea uniforme, solida, constante, perpetua, y no vaga, leve, ni contraria, ò mezclada con alegaciones, ò dichos contrarios, porque si unos dicen que sí, y otros que no, no se sabrá de qual cosa es la fama. (7) La segunda, que traiga su origen de personas honestas, y fidedignas, que pueden persuadir al Pueblo, à decirlo, y creerlo asi; pues de lo contrario no será fama, sino rumor, ò vana voz del Pueblo, que es despreciable. (8) La tercera, que se pruebe legitimamente à lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables, de que se ha originado; y y que éstas sean capaces de inducir, y persuadir al Pueblo, ò à su mayor parte à creerlo; y que asimismo digan bajo de juramento que aquel, ò su mayor parte lo cree asi,

(1) Cap. Cum causam 13. de probation. Mascard. concl. 754. n. 7.

(2) Bart. in leg. de Minore cit. Mascard. ibi. n. 8. y 17. Abb. in dict. cap. Veniens, n. 9.

(3) Mascard. conclus. 754. dicha n. 22.

(4) Cap. Præterea, de Testib. cap. 1. de Appellat. y cap. Illud quoque, de præsumption. lib. 6.

(5) Mascard. ibi, n. 24.

(6) Cap. Super eo, & ibi glos. fin. de Consanguinit. et affinit.

(7) Bald. consil. 275. vol. 1. Sperel. decis. 173. n. 37. Roland. consil. 3. n. 49. lib. 1.

(8) Cap. Qualiter, et quando, y ley Decurionum, cit.

asi, y se lo han oído; (1) cuya mayor parte se entiende de aquellos que pueden, y à quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se vá à probar: v. g. si se trata de la ciencia de algun Theologo, basta que sea la fama entre la mayor parte de los Theologos de que posee bien la Theología, y es perito en ella, pues los demás no tienen voto, porque la ignoran; y asi no sirve su asercion. (2) La quarta, que los testigos dén razon de su dicho; quiero decir que expongan haberlo oído à lo menos à dos personas fidedignas, y las causas probables que éstas dieron para saberlo, y persuadir al Pueblo à creerlo, v. g. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no dandolas, no prueba. (3) Y la quinta, que siendo interrogados, (como deben serlo) depongan del tiempo que há trahe su origen aquella fama, y que éste no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor la esparció; (4) lo qual tendrá presente el Escribano, para saber preguntar à los testigos acerca de la fama de lo que deponen.

(1) Glos. in leg. 3. verb. Confirmat, ff. Hoc tit. Bart. in leg. de Minore, cit. n. 12. y 19. Farinac. lib. 2. Prax. crimin. §. fin. quæst. 47. n. 208. 210. y sig. Mascard. conclus. 750. n. 1. 2. y 8.

(2) Ley in ratione, §. *Quod vulgo dicitur*, ff. ad leg. Falcid. glos. in leg. Cum quidam, verb. Sed si scit, ff. de Acquir. hæredit. Mascard. ibi, n. 9.

(3) Menoch. consil. 701. n. 50. y 51. Mascard. ibi, n. 12. y 15. al 17. Alex. consil. 70. n. 6. vol. 3. y consil. 25. n. 5. vol. 4.

(4) Mascard. ibi, n. 30. y 31.

§. VIII.

§. VIII.

DEL TERMINO, O DILACION PARA hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde quándo corre; y si se podrá suspender, y practicar otra cosa durante él.

365 QUedan explicados los generos, ò clases de prueba que se usan regularmente en los juicios; paso à expresar qué dilacion prefine nuestro derecho para que los litigantes la hagan, para lo qual es de presuponer que la dilacion es lo mismo que termino, ò espacio de tiempo que se concede al actor, y reo, para evaquar mas comodamente algun acto judicial. (1) No me detengo en explicar las veinte y quatro clases de dilaciones que trahe *Speculator* en este titulo §. 1. por no necesitar saberlas el Escribano, y paso à tratar de la probatoria, la qual es la que se dá al que quiere acreditar su derecho; (2) ò la que se concede al actor para probar su intencion, y al reo sus excepciones despues de contestado el pleito, y hecho el juramento de calumnia. (3)

366 Puede conceder el Juez à los litigantes el termino, que contemple necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio el abreviarlo, segun conceptúe por los meritos del proceso, calidad de las personas, cantidad, y distancia del Pueblo, en que se ha de hacer la prueba; (4) mas no el ampliar el prescripto por la ley, porque

(1) Pirhing. de Dilation. n. 1. Engel eod. tit. et num.

(2) Speculat. de Dilation. §. 1. n. 23.

(3) Valens. hoc tit. §. 1. n. 10. Engel ibi, n. 4. Reinfestuel lib. 2. tit. 8. §. 3. n. 43.

(4) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. cap. Personas, 4. cap. Oblatæ, 57. de Appellation. cap. de Induciis 3. y Cánon Si ægrotans 5. quæst. 3. Pirhing. hoc tit. num. 19. Gaillus lib. 1. Pract. observat. 91. n. 15. Marant. part. 6. tit. de Dilat. n. 15.

que ésta se lo prohibe expresamente : (1) excepto que para ello haya causa justa, y la prueben, que entonces no solo puede abreviarlo, y restringirlo, sino revocar el concedido, y ampliar todos los legales, aunque estén prefinidos con palabras taxativas, (2) porque como las leyes se crearon para los casos regulares, y los Legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de termino suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del Juez su ampliacion, restriccion, y revocacion.

367 Supuesto como indubitado lo referido, debo sentar que el termino ordinario, que la ley concede peremptoriamente en las causas civiles (pues en las criminales es absolutamente arbitrario en el Juez segun la necesidad del reo, para que no quede indefenso, porque ninguno está prefinido,) es el de 80. y de 120. dias : de 80. quando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los Puertos del Lugar, ò Provincia en que el pleito se controvierte; y de 120. quando se ha de evaquar fuera de ellos. Y si todos los testigos existen fuera del Reyno, ò en Provincias ultramarinas, v. g. en las Islas de Canarias, puede el Juez conceder seis meses, ò el que con atencion à la distancia del Pueblo del litigio, cantidad, y calidad del negocio, y personas litigantes conceptúe suficiente, añadiendolo, ò menguandolo, para que estas justifiquen lo que las convenga, y no queden indefensas por falta del competente. (3) De lo qual parece se infiere, que si parte de la prueba se ha de evaquar dentro, y parte fuera, deberá hacerse cada parte en el termino que le está asignado respectivamente, y no toda fuera de el de los ochenta dias, porque para los testigos que están de Puertos adentro no concede mas la ley ; pero como esta no hace mencion de este

(1) Dicha ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop.

(2) Ley 3. tit. 15. Partid. 3. y dicha ley 1. tit. 6. lib. 4. Paz tom. y part. 1. temp. 5. n. 20. Cur. Philip. part. 1. Juicio civil, §. 16. n. 3. Parex. de Edition. tit. 6. resolut. 4. y tit. 7. resolut. 6. n. 14. Sr. Salg. de Reg. cap. 1. n. 129.

(3) Leyes 1. 2. y 3. tit. 6. lib. 4. Recop.

este caso, ni lo prohibe, y lo que no está prohibido se entiende permitido; el termino es comun à los contendores, y hasta que espire no se ha de hacer publicacion, ni se irroga detrimento al colitigante: se les permite en dicho caso hacer su total prueba pasados los ochenta dias, y no se anula por esta razon, lo qual he visto disputar, y practicar asi.

368 Pero para que se conceda el termino ultramarino, ò extraordinario, son precisas copulativamente de parte del que lo pretende, quatro cosas: la primera, que lo pida juntamente con el ordinario, ya sea quando la causa se recibe à prueba, ò quando se prorroga, de modo que se verifique correr ambos à un propio tiempo, porque despues de pasado el ordinario está prohibido al Juez conceder el ultramarino. La segunda, que mencione los nombres, y apellidos de los testigos, de que intenta valerse, y el parage de su residencia; y dentro de treinta dias peremptorios justifique no solo que existen ultra mar, sino que al tiempo que acaeció el hecho litigioso, estaban en el en donde sucedió; y lo mismo procede quando están fuera del Reyno. La tercera, que jure no pide el termino maliciosamente por diferir, ò alargar el pleito. Y la quarta que deposite luego la cantidad que parezca al Juez de la causa para las expensas que el colitigante haga en ir, ò embiar persona al Pueblo, en que dice hallarse sus testigos, à fin de conocerlos, y verlos presentar, y juramentar, pues no siendo pobre, ò el fisco, debe ser condenado en ellas sino prueba su intencion; y faltando alguno de estos requisitos[s], no se debe conceder. (1)

369 Si el hecho que se intenta probar acaeció en las Indias, ò en otros parages remotos, y los testigos existen en ellas, se ha de pedir el termino de año y medio, dos, ò mas segun la distancia, y el Juez conceder el competente: cuyo termino es ordinario, y como tal se debe pretenden-

(1) Dichas leyes 1. 2. y 3. titul. 6. lib. 4. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 56. Paz part. 1. temp. 8. n. 37. y 39. Rodrig. de Modo examinandi proces. cap. 7. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 11. 12. y 13. part. 1.

tender, y no como ultramarino, pues este se llama asi, quando el hecho pasó en esta peninsula, y los testigos con quienes se ha de justificar, existen ultra mar, mas no quando sucedió allá; en cuyo caso como es accidental el que la demanda se ponga aqui, cesa la presuncion de malicia, se contempla puesta allá, y que los testigos existen en su tierra, y sigue las propias reglas; y por lo mismo para su peticion, y concesion ninguno de los requisitos que para la del ultramarino se necesita (como tampoco quando la prueba se ha de hacer dentro del Reyno, porque las leyes no lo preceptúan, bien que la parte debe expresar el lugar en que existen, para que su adversario pueda ir; ò embiar à conocerlos, y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá practicarlo) pero no se debe prorrogar sin causa justa, è impedimento probado, qual es la falta de embarcacion, ù otra semejante, ni concederse restitucion, segun se colige del espiritu, y contesto de las leyes citadas; (1) y asi se observa.

370 Como los Jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos à prueba por todo el termino legal, los reciben por quince, ò veinte dias, ò por el que les parece à su arbitrio; por lo que si los litigantes quieren gozar integramente del ordinario, y que se estime, y entienda ser el mismo, y no nuevo, deben pretender una, ò mas veces que se prorrogue; y para que se conceda la prorrogacion, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren à pedirla despues de pasado, y este es todo el legal, no debe prorrogarlo; y solo en caso que el primero sea dimitado, y la parte jure, y justifique que en él estuvo imposibilitada de hacer su prueba, y no de otra suerte, puede conceder hasta quarto plazo, el qual será nuevo termino, y no el mismo: (2) y asi, lo que entonces se debe hacer, es: *dar traslado de la pretension al adversario, y mandar que con lo que digere, ò*

(1) Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 55. Cur. Philip. ibi, n. 14. y 15 Fontanel. decis. 61. y sig.

(2) Ley fin. tit. 15. y ley 33. tit. 16. Partid 3. y ley Sed si manente, ff. de Præscr. Marant. part. 4. distinct. 12. n. 2. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 4.

ò no dentro de tercero dia, se traiga. Cuyo auto se le hace saber, y si contradice la pretension, y la que lo pretende, no justifica à lo menos sumariamente el impedimento que tubo para probar en el primer termino, y no usar de él, ù otra causa justa, no debe deferir el Juez à la concesion, y si defiere, se puede apelar, (1) lo qual se practicó à mi instancia en dos pleitos que seguí en esta Corte, pues por haber espirado el primer termino el dia antes que se pidiese, tenido en su poder los autos el actor, y no justificado imposibilidad, me opuse à la prorrogacion, y nueva concesion, y se le denegó; pero si la consiente, ò no la contradice, puede concedersela, aunque no jure, ni justifique, y valdrá la prueba que en ella se haga. (2)

371 Si la pide dentro del termino, se le ha de conceder llanamente; y aunque sea de el de Puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba fuera de estos, por existir allá algunos de sus testigos, porque la ley no preceptúa otro requisito. Y se entiende ser, y continuar el mismo termino, no obstante que la prorrogacion se decrete mucho despues de pasado el anterior, pues la omision, ò imposibilidad del Juez en no decretarla quando se pide, ò del Escribano en darle quenta, como que no es culpa de la parte, ni está en su mano, no debe dañarle, porque cumple con llegar à tiempo, y de lo contrario nada le serviría, y además podria suceder que quando se defiriese à la prorrogacion, ya no hubiese que prorrogar, y quedase indefensa; y para precaber este perjuicio, y extirpar dudas de si ocurrió, ò no à pedirla en tiempo habil, lo que se practica, y debe practicar, es: poner el Escribano originario, ò su oficial mayor en el pedimento fé, ò nota del dia, y hora en que éste se presentó, con la qual se estima haber estado suspenso el termino desde que espiró hasta que se prorrogó, è hizo saber à ambos contendores la prorrogacion; lo qual

(1) Ley fin. ff de Feriis. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. n. 118. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 35.

(2) Cap. fin. de Accusation. lib. 6. Gaill. dicho lib. 1. Pract. y observat. 91. n. 6. Abb. in cap. In causis, num. 3. y 4. de Testib. Marant. de Dilation. n. 12.

qual es corriente, y se practicó à mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demás Tribunales de esta Corte; previniendo que el Escribano, y su oficial mayor no deben negarse à poner la nota.

372 Los litigantes son correlativos; entre ellos se debe guardar igualdad; lo que no es conveniente para el uno, no lo es para el otro, (1) y lo propicio ha de ser para entrambos; (2) y por estas razones el termino probatorio es comun à los dos, y todo para cada uno, y lo mismo sus prorrogaciones, aunque uno solo las pida: (3) y ya sea, ò no probatorio, se les debe hacer saber, para que les conste, y empiece à correr, pues mientras no se les notifica, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica. (4) Y si se les hace notorio, ò à sus Procuradores en distintos dias, empieza à correr desde el siguiente al de la ultima notificacion, ya sean dos los litigantes, ò muchos, como en un concurso, porque todo compete à todos, y à cada uno para probar, y si se empezára à contar desde la primera, se verificaría no ser totalmente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba integramente de él, y los otros no; ò que corria en dos tiempos, y el del uno se concluya antes que el de los demás, lo qual es contra la mente de las leyes.

373 Lo propio milita quando las prorrogaciones se hacen, y notifican antes que espire el termino, ò dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorrogado hasta que se acaba el primero, porque continúa éste, y es uno mismo, (5) y los dias de que se compone se

(1) Ley Non debet actori 41. ff. de Regul. jur. y cap. Non licet 32. eod. tit. in 6.

(2) Ley Favorabiliores 125. ff. de Regul. jur.

(3) Ley Petenda, Cod. de In integrum restitut Cur. Philip. dicho § 16. n. 9.

(4) Alex. consil. 34. vol. 1. Marant. tit. de Dilation. n. 14. Sr. [illegible]. de Retent. part. 2. cap. 20. n. 21. y de Reg. protect. part. 1. cap. 7. n. 59. y 74.

(5) Bobad. lib 3. Polit. cap. 14. n. 7. Parex de Edition. tit. 6. Resolut. 4. y 6. n. 14. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 1. cap. 10. Bart. in leg. In Senatusconsultum 15. ff. ad Turpilian. Abb. in cap. Cum in conjunctis, §. ultim. de Election. al fin.

se han de numerar segun naturalmente corren, y se suceden, y lo contrario sería invertir, y trastornar el orden natural. Pero si se decretan despues de haber espirado, habiendose pedido en tiempo, empieza à correr el que en ellas se prefine, y debe contarse desde el dia siguiente al de su notoriedad en la forma expuesta, y el de su intermedio se entiende suspenso: (1) y lo mismo procede, quando aunque se haya decretado antes, no se hizo saber hasta mucho despues. Todo lo qual (sin embargo de las dos opiniones diametralmente opuestas, que hay acerca del modo de contarse, y de si corre de momento à momento, y se ha de contar, ò no el dia de la notoriedad) es lo que se practíca inquestionablemente en esta Corte, que debe servir de regla à todo el Reyno, al modo que en las causas criminales, en las quales manda expresamente la *ley 2. tit. 10. lib. 4. Recop.* que los terminos, y dilaciones que se guardan en la Corte, se guarden en todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y no otros diversos de ellos, no obstante el uso contrario; pues quando hay dos opiniones opuestas, se ha de seguir la mas usada, y recibida. (2)

374 Siendo feriados, ò colendos todos, ò la mayor parte de los dias, corre tambien el termino, porque es continuo, aunque no util en este caso: (3) al modo que para apelar corre, y se deben contar igualmente segun derecho: (4) y si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron. (5) Y para que no quede indefensa por defecto del competente, y evitar dudas (bien que no debe haberlas, pues el testigo puede ser examinado en ellos habiendose juramentado en dia util, porque su exa-

(1) Ciriac. controvers. 348. y sig. Leon decis. 86. Cur. Philip. ilustr. part. 1. §. 16. n. 4. al fin.

(2) Parlador. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 5. §. 10. num. 3. 4. y 5. Gracian. tom. 1. discept. 161. Cur. Philip. ibi, n. 7.

(3) Ley Sive part. 3. Cod. de Dilation.

(4) Ley 24. tit. 23. Partid. 3. y ley 2. §. fin. et ibi glos. Cod. de Tempore appellation.

(5) Ley Sed et si, §. Si feriæ, ff. Ex quibus causis majores.

examen es acto extrajudicial, y por eso se hace de secreto, como al fin del numero 298. dejo sentado) ha de pedir al Juez que habilite los dias feriados, y suspenda los colendos, ò todos, à lo qual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean utiles. Y si repentinamente sucede alguna suspension de Tribunales, v. g. por parto de Princesa, ù otra celebridad, ò causa semejante; en este caso despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el termino, y no corrido en ellos, à lo que debe deferir tambien; mas no, sino lo pide, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad à la utilidad privada: lo qual he visto practicar, y declarar en esta Corte, porque como caso inopinado, y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido à pedir la suspension, ò habilitacion, y asi ha de ser restituida.

375 Reciben muchas veces los Jueces lisa, y llanamente los autos à prueba *por via de justificacion* con termino limitado v. g. 20, ò 30. dias, y suelen prorrogarlo hasta los setenta y nueve, y otras añaden la qualidad de que el termino sea *preciso, y peremptorio*, y entonces no defieren à la prorrogacion sin causa. Este modo de actuar que la práctica introdujo, es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresa, y terminantemente de él, y se funda en que como el espiritu de éstas se dirige à que quanto mas antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, y para ello confieren à los Jueces la potestad de restringir, ò abreviar el termino; por eso quando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ò les falta algun adminiculo para hacerla mas expedita, limítan el termino legal, y queda en su arbitrio el prorrogarlo, ò no; en cuyo caso asi como en el auto regular de publicacion se dice: *Hácese en este pleito publicacion de probanzas*; se pone de esta suerte: *De las justificaciones hechas se comunica traslado reciproco á las partes.* Bien que en la substancia es lo mismo.

376 Recibida la causa à prueba, han de tomar las partes por su orden los autos, para formar sus respectivos interrogatorios; pedir se compulsen con citacion contraria

ria los instrumentos, y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado, y deducido, y que se comprueben los producidos antes, si están redarguidos de falsos civilmente, por no ser los originales, y haberse sacado sin la referida citacion, pues sino se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos; bien entendido, que no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, pues no se debe admitir, ni admite señalamiento indefinido, è indeterminado. Y si las conviene probar algunos particulares nuevos concernientes à la accion intentada, que por olvido no hayan alegado, pueden alegarlos en el mismo pedimento, con que presentan el interrogatorio, de cuyo pedimento, y no del interrogatorio se debe dar traslado à la parte adversa, para que alegue, y pruebe contra ellos, ò impugne su admision, si no conducen al pleito.

377 El orden regular de tomar los autos, siguiendo el del juicio, es: primero el actor, y luego el reo, y si aquel no los buelve à los ocho, ò quince dias, (tal vez como suele suceder, con animo de que éste quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio,) se le puede apremiar à su buelta, pues debe tenerlos menos tiempo por tres razones, la primera, porque quando llega à poner la demanda, ya tiene, ò debe tener preparados todos los materiales, y medios de probar su intencion, como que le sobró tiempo para premeditarla, y buscarlos; lo qual no sucede al reo, pues se vé sorprehendido con la demanda, y constreñido asi para contestar, como para excepcionar, y probar, con los terminos legales. La segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza integramente de todo el termino, y mientras el reo prepara sus defensas, y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba; lo que al contrario éste no goza de él, sino desde que se le entregan, y asi debe ser apremiado à bolverlos; sin que sirva alegar que la mitad de él le toca, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos, y no se puede dividir, pues la ley no permite division, y la práctica en contrario introducida por litigantes de mala fé para alargar los pleitos, y causar costas

al adversario, es corruptela, y se debe abolir. Y la tercera, porque aunque el reo tenga los autos el resto del termino probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ò hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los autos, como se hace, ò cotejarse despues de pasado el termino. Pero se previene que este orden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo, ni aun hablar de él las leyes, por lo que si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar à que los tome.

378 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario han de ser examinados con citacion contraria dentro del termino probatorio, aunque haya dias feriados, ò colendos; pero si falta tiempo por ésta, ù otra razon, pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados, y juramentados precisamente dentro de él, porque sus deposiciones se retrotrahen al tiempo juridico en que juraron; y aun despues de la publicacion pueden declarar, y explicar (ya sea à pedimento de parte, ò de oficio del Juez, implorandolo ésta,) lo que hayan depuesto confusamente, ù omitido, por no haberseles preguntado; y tambien dar razon de sus dichos, (1) como en el num. 321. he sentado.

379 Asimismo se han de ratificar en el termino probatorio con citacion contraria en sus deposiciones los que sin que precediese ésta, fueron examinados antes de la prueba; y si algunos han fallecido, ò están ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos integros, y fidedignos informacion de abono à instancia de la parte que los produxo, y no de oficio, en la que deben declarar: *que el que abonan era buen Christiano, temeroso de Dios, y fidedigno, y por tal estubo siempre reputado entre todos los*

(1) Ley 30. tit. 16. Partid. 3. y en ella el Sr. Greg. Lop. Marant. tit. de Dilation. n. 19. 20. y fin. y tit. de Actor. edition. n. 40. Cur. Philip. part. 1. §. 16. cit. num. 20.

los que le conocian, y trataban, por lo que ninguna duda les queda, antes bien tienen por cierto que habrá dicho verdad en la declaracion que dió tal dia: (el que fuere) *y por lo mismo se debe dar entera fé, y credito à quanto en ella expuso; y saben que falleció en tal dia, por haberlo visto cadaver; ò que está ausente en tal parte, por haberlo oído publicamente en el Pueblo; ò que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó, &c.* segun sea. Pero si precedió la citacion à su examen, no es necesario que se ratifiquen: basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba, como parte de ella. Y se previene que en la ratificacion (como que viene à ser corroboracion de la declaracion primera si en ella se ratifican llanamente; ò nueva deposicion hecha con las solemnidades legales en caso de que varie en algo) pueden los testigos añadir, quitar, y enmendar lo que depusieron en la primera, segun se acuerden; y hayan recapacitado los hechos sobre que fueron interrogados, à cuyo fin se les debe leer ésta à la letra, y valdrá, si por otro medio no claudican sus aserciones; lo qual tendrá presente el Escribano, pues asi se observa.

380 Lo explicado en el num. 378. es corriente en la práctica de los Tribunales de Castilla, sin embargo de que algunos (1) fundados en las palabras: *para probar, y haber probado, y para presentar la probanza*, que trahe la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. hablando del termino que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden examinar los testigos, aunque estén juramentados en tiempo habil, pues el estilo de los referidos Tribunales superiores, è inferiores hà temperado la estrechéz de la ley, con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y ponerlo lisa, y llanamente; à lo que obligó la necesidad, à fin de que las partes no quedasen indefensas, y de que se aclarase la verdad como objeto de la ley, y unico preciso medio para dar la justicia al que la tubiese; lo qual se entiende, aunque se haya concedi-

(1) Parlador. lib. 2. Rer. part. ibi, n. 19. y otros que cita. 5. cap. fin. §. 2. n. 8. Cur. Philip.

dido todo el termino legal; bien que si se concede, y ponen las expresiones, entonces como que el Juez por el hecho de ponerlas advierte que el termino es bastante para todo, concibo no podrán examinarse despues de pasado, à menos que intervenga causa obstativa de practicarlo.

381 Los instrumentos se pueden redarguir de falsos *absoluta, ò civilmente con la protesta ordinaria*: absolutamente, segun dejo sentado en los num. 342. y sig. y civilmente por una de quatro causas, à saber: *eficiente*, que es quando son hechos por persona inhabil, v. g. por el que no era Escribano público, ò aunque lo fuese, estaba excomulgado quando lo hizo, ò suspenso: *material*, quando se hicieron sobre cosa reprobada por derecho: *formal*, quando en su confeccion no se observaron las solemnidades legales, v. g. si faltó la fecha, subscripcion, ù otra cosa substancial: ò si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del adversario. Y *final*, v. g. si fueron hechos, ò sacados con vicios de obrepcion, y subrepcion, que son diciendo mentira, ò callando la verdad, ò si están raídos, ò rotos en parte substancial, ò contienen otros defectos substanciales. (1) Y la clausula de la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir, de no proceder de malicia, ni por diferir el pleito, ni causar costas à su contendor, sino meramente por convenir à la defensa del redarguyente, y dudar de ellos, respecto no ser los originales, ni haberlos visto, ni sido citado para compulsarlos.

382 Para remover, y extirpar el vicio, y sospecha de suplantacion de los instrumentos, y testimonios redarguídos de falsos civilmente, se deben comprobar, ò cotejar con sus originales, ò protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias, y horas, à fin de que asista si quisiere; y à la manifestacion de los originales no debe escusarse el que presentó sus copias, si el redarguyente, y su Procurador, y Letrado quieren verlos; (2) è igualmente está obli-

(1) Reinfestuel lib. 2. tit. 22. §. 9. n. 256. (2) Ley 3. tit. 5. lib. 4. Recop.

obligado qualquiera de los litigantes à la del testamento ò escritura que exista en su poder, si el adversario lo pretende. (1) En su comprobacion, ò cotejo ha de tener muchisimo cuidado el Escribano, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras, y demás cosas, y defectos que advierta, asi en los traslados producidos, como en el protocolo, original, ò libro becerro de donde se compulsaron; expresar si están salvadas con arreglo al precepto de la ley, y de una misma letra, y tinta, ò de diversas; atender por ellos, y no por el traslado; y dar fé no solo de las señas del instrumento, ò libro producido, ò exhibido para la comprobacion, à saber, si está foliado, y en pergaminado, ò no, con qué pergamino, ò cubierta, de qué color, y à qué folio, y si todas las hojas están, ò no rubricadas por el que lo autorizó; si no de los demás adminiculos dignos de reparo que haya en él, y en el transumpto, aunque no sean substanciales, y de si con estos concuerda, ò no con él, expresandolo todo con individualidad, pues de otra suerte à mas de no cumplir con su obligacion, se expone. Pero si se compulsaron con la debida citacion, ò no los redarguye de falsos la parte adversa luego que se le comunican, como se debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos, y no dudar de la veracidad de su contexto, ni despues debe redarguirlos sin nuevo motivo.

383 No se deben sacar los padrones, y papeles originales para las pruebas, ya sean de habitos, ù otras, de los archivos en que están, ni de los oficios de Escribanos sus protocolos; ni tampoco de las Iglesias los libros Parroquiales, y antes bien à presencia de las personas, à cuyo cargo está la custodia de unos, y otros, se han de sacar, y compulsar las partidas, è instrumentos que se necesiten, lo qual está asi preceptuado por evitar los gravisimos daños que de lo contrario se experimentaban. (2)

384 Mientras dura el termino probatorio, ninguna co-

(1) Ley 17. tit. 2. Partid. 3.
(2) Leyes 28. tit. 22. lib. 2. y 79. cap. 54. tit. 4. lib. 3. y Auto 4. tit. 11. lib. 2. Recop.

cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el Juez proceder *ad ulteriora*, porque fue establecido unicamente para ella; y si se hace, es nulo, como lo dice la ley 2. al fin tit. 15. Partid. 3. ibi: *E aun decimos que mientra el plazo durare que el juzgador da à alguna de las partes, non debe facer ninguna cosa nueva en el pleito, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon por que fue dado el plazo, assi como recebir testigos, ò ver las cartas, ò los previllexos que aducen antel en prueba*, por lo que si se introduce algun articulo *prejudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension de él, deferirse à ella, y subsistir suspenso hasta que en justicia se declare lo que corresponda sobre el articulo: y las razones son, la primera porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, y si se practica se procede contra su precepto; para no infringirlo, se usa del medio de la suspension, que es el unico que la sutileza de los Jueces, y Letrados, y la equidad, y necesidad hallaron, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de termino competente, ni las leyes se infringiesen, pues no hablan de ella. La segunda, porque de no hacerlo asi, se verificaba correr à un tiempo dos terminos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre evaquacion del articulo; lo que no puede ser, porque como distintos, incompatibles, y creados para cosas diferentes, deben correr en diversos tiempos. La tercera, porque en los juicios se deben evaquar con la respectiva audiencia todas las pretensiones, è incidentes, pues de omitirse, habria que reponer los autos al estado que tenian quando se intentaron, como muchas veces sucede, en lo que se irrogan gastos, y dilaciones. Y la quarta, porque de lo contrario se incidia en uno de dos escollos, ò de que interin se substanciaba, y determinaba el articulo, se pasase el termino de prueba, y la parte que lo habia introducido, quedase indefensa en lo principal por su defecto, (lo qual resisten las leyes, y la razon), ò de que si la hacia, no se evaquaba el articulo, y el termino corria, llegase el caso de la publicacion, por haber espirado éste, y hubiese precision de bolver atrás, que era à determinar el articulo; y si se hacia venir al juicio

cio à un tercero, la hubiese tambien de oírle, y abrir de nuevo el termino de prueba; motivo porque se diferia mas el pleito, lo qual es opuesto à la intencion, y espiritu de las leyes, que aman, y encargan la brevedad.

385 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento, pretendiendola, è introduciendo el articulo, aunque mucho despues se defiera à ella, ò por egecutoria se declare no haber lugar à éste. Mientras dura, ninguna de las partes sabiendola judicialmente, puede hacer prueba, y si la hace, y la adversa respondió quando se le citó, que queria hallarse presente à juramentar los testigos, compulsar, ò comprobar instrumentos, ò hacer otro genero de prueba, (cuya respuesta debe admitir el Escribano comisionado, y señalarle dias, horas, y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento à este fin, porque no hay ley que lo prevenga,) y por haber formado el articulo, no asistió, es nula, como hecha fuera del termino legal, y sin la correspondiente solemnidad, y asi se han de bolver à juramentar los testigos à su presencia, y cotejar los instrumentos presentados, y compulsados, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

386 Pero si en los dias que se le señalaron, y mediaron antes de notificarsele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo habil, aunque à consequencia de la citacion para su juramento no lo hubiese presenciado; y lo propio milita, si se sacaron, ò comprobaron despues de ella algunos documentos; y no debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida, deferirse à ella, pues de no haber asistido echese à sí misma la culpa, porque el Juez, ò Escribano que entienden en la probanza, no tienen obligacion de esperarle, ni con este motivo deben causar costas al litigante, cuya prueba hacen, como lo dice expresamente la ley 22 tit. 16. Partid. 3. Todo lo qual se practicó à mi instancia en el Consejo en pleito en que recibido à prueba [illegible] cierto articulo, para que se citase à un tercero interesado, y habiendo pasado los 80. dias, y mucho mas, sin que se declarase

no

no haber corrido el termino desde la presentacion del pedimento, ni sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho mientras estubo pendiente, porque no obstante saberlo, la habia continuado el Receptor comisionado.

387 Y si una de las partes pide con causa la suspension por ciertos dias del termino probatorio que falta, y el Juez defiere à ella, se debe poner el siguiente auto: *Mediante los motivos que se exponen, se suspende el termino probatorio por tantos dias*, (los que sean) *y pasados buelva à correr.* Cuyo auto se debe notificar à ambos litigantes, y concluidos los dias suspendidos, continúa el termino sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion; pues de lo contrario se verificará que la suspension es mayor, y corre sin deber: que el auto se frustra, es ilusorio, y se excede de su precepto: y que las partes se arrogan facultades, que solo el Juez tiene para suspenderlo à su arbitrio; y asi no es necesario bolverlo à hacer saber, como algunos poco instruidos creen.

§. IX.

DE LA PUBLICACION DE PROBANZAS, y restitucion del termino probatorio que compete à menores, y demás que gozan del beneficio de menor edad.

388 PAsado todo el termino porque la causa, ò negocio principal se recibió à prueba, y no siendo privilegiados los litigantes, está prohibido (regularmente hablando) admitir testigos en primera instancia, à fin de evitar sobornos, y perjuros, (1) bien que se pueden examinar los que dentro de él fueron juramentados,

(1) Ley 37. tit. 16. Partid. 3. y ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. Authent. At qui semel, Cod. de Probation. cap. Intimavit, y cap. Fraternitatis, de testib. Matienz. in Dialog. Relator. cap. 16. n. 1. Paz tom. y part. 1. temp. 8. num. 134. y 135.

dos, como queda expuesto en el numero 378 ; y asi lo que se debe practicar, es : pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es de substancia del juicio segun nuestro derecho, (1) pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto. (2)

389 Si las partes no hicieron probanzas, pueden concluir para difinitiva, porque no hay materia sobre que recaiga la publicacion, y asi es ociosa ; y lo mismo procede, quando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo, renunciando la publicacion ; ò quando ambas la renuncian. (3) Pero no obstante que ambas la hagan, y la de la una se concluya mucho antes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el termino probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice ; (4) pero sí, conformandose ambas ; y es lo que se practica.

390 Mas de qualquiera suerte que se haga, de la pretension de publicacion se ha de comunicar traslado à la otra parte, y notificarsele, para que exponga si está, ò no pasado el termino, ò falta que examinar algun testigo juramentado, ò tiene algun motivo que la impida por entonces, y à este fin en qualquiera instancia puede tomar, y se le debe entregar la pieza corriente, ò todos los autos, excepto las probanzas ; y si nada dice à la primera audiencia, ò à los tres dias de notificado el traslado, debe deferir el Juez à la publicacion, y hacerse saber ésta à ambos contendores. (5) De modo que segun nuestro derecho es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella, y acusando la rebeldía, y asi se practica en el Consejo; pero en algunos Juzgados inferiores de esta Corte se dá uno solo, y el Juez dice : *traslado, y autos* ; y pasado el ter-

(1) Ley . tit. 8. lib. 4. Recop.

(2) Marant. part. 6. tit. de Processus publication. n 4. Paz ibi, n. 136. y 137.

(3) Ley final tit. 6. lib. 4. Recopil. Cur. Philip. part. 1. dicho §. 16. num. 29.

(4) Ley ultim. tit. 6. lib. 4. Recop.

(5) Ley 37. tit. 16. Partid. 3. ley 51 tit. 4. lib. 2. y dicha ley ultim. tit. 6. lib. 4. Recop.

tercero dia contado desde el siguiente al de la notificacion sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se escusa un pedimento. Y aunque este auto parece implicatorio en quanto el Juez dá traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es, porque el traslado sirve unicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado, ò no el termino, ò hay algun motivo obstativo de deferir à la publicacion; y el llamarlos, para hacerla, si nada dice, y está pasado; y asi se observará en esto el estilo del Juzgado.

391 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver reciprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos, y demás medios legales de que se han valido, y en vista de ello aleguen lo conducente à su defensa, si quisieren; y para que se observe el orden del juicio, pues por ella se dá mayor vigor à los dichos de los testigos. Lo qual se entiende, habiendo sido rectamente examinados, y no de otra suerte, aunque la publicacion se haya hecho de consentimiento de ambas partes. (1)

392 Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el Juez originario del pleito, y no el delegado, que en virtud de su comision las recibió, antes bien se las debe remitir cerradas; y asi se practica. (2) Hecha, y notificada à las partes, se las han de entregar todos los autos con las probanzas, por su orden, primero al actor que al reo, à fin de que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el Juez, de que habla la ley. De este alegato se debe comunicar traslado al reo, y de el de éste à aquel, el qual debe concluir para difinitiva; y si por no concluir, se dá traslado de lo que alegue, al adversario, lo debe practicar éste, porque la ley (3) manda que con cada dos escri-

(1) Bald. in Authent. Si quis in alia, col. 1. vers. Juxta primam, Cod de Edendo. Jas. in cap. Significavit, et in cap Cum causam, de Testib. Marant. de Processus publicat. n. 1. 2. y 5. Paz tom. y part. 1. temp. 8. dicho n. 133. 134. y 149.

(2) Bart. in leg. Cum abinitio 4. circa fin. ff. Quemadmodum testam. aperiantur. Paz ibi, n. 147. y 148. Marant. ibi, num. 6.

(3) Ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop.

critos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso (aunque éstas no concluyan) asi para sentencia interlocutoria, ò recibirlo à prueba, como para difinitiva. De suerte que siguiendo el orden del juicio, debe alegar primero el actor; (1) pero como no hay ley que lo mande, si éste no quiere, y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, pues de lo que venga diciendo se le ha de conferir traslado, y entonces puede rebatir las sutilezas, è interpretaciones siniestras del actor, y el contesto de los instrumentos que haya producido. El termino legal para alegar es el de seis dias à cada litigante; (2) pero esto se entiende en los pleitos ligeros, y quando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiendolo, se ha de conceder el que el Juez contemple necesario, y asi se practíca, pidiendolo las partes.

393 Lo explicado en los precedentes numeros procede, quando ambas partes son mayores de 25. años, y los testigos de que se han valído, idoneos, y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe à prueba, ò goza del privilegio de menor edad, como son el Fisco, Iglesias, Hospitales, Concejos, Universidades, Colegios, Cabildos, Mayorazgos, Patronatos, Capellanías, y demás obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, sino la hizo, ò para probar lo que omitió en el termino ordinario regular, ò alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el Juez por via de restitucion una vez, y no mas (pidiendolo, è implorando su oficio, y no de otra suerte) la mitad del termino que se dió primero para hacer la probanza principal, ya fuese dado en presencia, ò en rebeldía, y denegarle otra restitucion en el mismo auto de concesion, (3) v. g. si al principio lo recibió por 120. dias, sesenta: si por los 80, quarenta, si por 20, diez, &c.

394 De esta legal disposicion parece se deduce, que la

(1) Bald. in leg. Nesennius, ff. de Negot. gest. in leg. Qui prior, ff. de Judic. Marant. part. 6. titul. 16. de Allegat. & disput. num. 6.

(2) Ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop.

(3) Ley 3. tit. 8. lib. 4. Recop.

la restitucion no ha de ser del termino prorrogado, sino del primero concedido para probar; pero no obstante, en la práctica inconcusa del Consejo, que es el fiel, verdadero, y unico interprete de las leyes, no se entiende asi, antes bien se concede la mitad de todo el termino ordinario, sea, ò no prorrogado, porque es uno mismo concedido paulatinamente, y no termino nuevo; excepto que se haya recibido à prueba por cierto termino, v. g. veinte dias, y éste haya espirado sin pedir prorrogacion dentro de él, ò del prorrogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido. Y lo mismo se observa en los demás Tribunales de la Corte, y debe observar à su imitacion en los restantes del Reyno.

395 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado justificar lesion como en los contratos, porque ninguna ley lo manda, y el lapso del tiempo y cosa la induce: basta acreditar sumariamente (como debe, si no consta) que le compete el privilegio; (1) pero contra el termino ultramarino, y extraordinario no hay restitucion, à menos que haya dejado de concederse para la prueba principal, en cuyo caso pidiendose despues, se ha de conceder el necesario aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este defecto, haciendo constar, y cumpliendo con las tres cosas ultimas de las quatro que para su concesion quedan referidas en el num. 368; (2) previniendo lo primero, que este termino no es nuevo, sino ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante, y asi se ha de pedir, *que en virtud del privilegio, y por via de restitucion, se amplie à la mitad del concedido*: y lo segundo, que aunque el menor al tiempo de demandar, ò ser demandado lo sea, si al de recibirse el pleito à prueba salió de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion por haber cesa-

(1) Paz in Prax. to n. y part. 1. temp. 8. n. 157. 158. y 160. Cur. Philip. dicho § 16. n. 25. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib. 4. Recopil. n. 4. y 5.

(2) Affl. decis. 124. num. 3. Arendañ. respons. 21. n. 3. Gutier. lib. 1. pract. quæst. 69. Acev. en la ley 5. tit. 8. lib. 4. Recop. n. 39.

sado el motivo ; por lo que no se le debe conceder.

396 Tres cosas precisas se requieren para que se conceda restitucion de la mitad del termino probatorio : la primera, que el privilegiado, implorando el oficio del Juez, y no de otra suerte, la pida dentro de los quince dias inmediatos siguientes à el en que se notifique el auto de publicacion de probanzas, porque pasados no ha lugar à su concesion. La segunda, que si quiere poner excepciones nuevas, la pretenda antes de la conclusion, y deposite luego la pena que parezca al Juez, atendidas la calidad, y circunstancias de la causa, y personas, para pagarla en caso que no pruebe ; (1) excepto que sea pobre, ò el fisco, pues éstos están esentos de depositarla ; bien que hoy nadie la deposita, ni se le manda regularmente, y asi no se observa en esta parte la disposicion legal. Y la tercera, que si fuere en segunda instancia sobre excepciones nuevas, que no se pusieron en la primera, ò aunque se hayan puesto, fueron repelidas por no haberse deducido en el termino, y con la solemnidad debida ; à mas de lo expuesto, jure no pedir de malicia la restitucion, y sí unicamente porque cree probar lo que alega, y conviene à su defensa ; y el termino para probarlas no ha de ser mas de la mitad del concedido en la primera. Y si fuere en tercera, ò en grado de suplicacion sobre las que no se pusieron en las dos, que jure tambien que vinieron de nuevo à su noticia ; pero asi en la segunda como en la tercera se ha de pretender la restitucion dentro de los quince dias expresados, y en ésta concederse la mitad del termino que en ella se diere para probar. (2) Y se previene, que el juramento de no pedir de malicia la restitucion, se suele hacer igualmente en la primera instancia, no obstante no prevenirlo la ley.

397 El termino de la restitucion es comun, y como tal compete à el que no es privilegiado, no para pretenderlo, sino para gozar de él en caso que se conceda al que lo es, y para probar, ò ampliar su probanza sobre lo articu-

(1) Leyes 5. y 6. tit. 5. y 3. tit. 8. lib. 4. Recop.

(2) Ley 5. tit. 9. lib. 4. Recop.

ticulado, y alegado porque ambos son correlativos, no puede ser uno sin otro, ni haber juicio sin los dos, como dejo sentado, y lo dice la ley final titulo 8. lib. 4. Recop. ibi: *y que del termino que se diere por restitucion goze la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, segun, y como lo puede hacer la parte à quien fuere otorgada la restitucion*; pero una vez concedido à instancia del privilegiado, no puede arrepentirse, ni renunciarlo en perjuicio de su adversario, sin que éste preste su consentimiento, ya sea la causa dividua, ò individua, porque adquirió derecho à disfrutarlo. (1)

398 Pero el no privilegiado no puede alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella por testigos despues de hecha publicacion porque se lo prohibe el derecho, y sí solo probarla por confesion de la parte adversa, ò por instrumento público. (2) Lo qual se entiende, y limita en caso que la excepcion nuevamente alegada sea sobre falsedad, y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el qual nada articuló, ni probó, pues entonces puede recibirse à prueba sobre ella con termino arbitrario, no solo antes, sino despues de la conclusion; y aun tambien en segunda instancia sino la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros terminos, con tal que jure no alegarla maliciosamente; para cuya justificacion no sirven, ni se deben admitir pruebas presuntivas, sino muy claras, y concluyentes; pero despues de executoriado el pleito no puede alegarla sino la probó entonces, excepto que de ella no se haya conocido plenamente. (3)

No

(1) Ley Petendæ 6. Cod de Temporib. in integr. restitutionis. Gutier. lib. 2. Pract. quest. 22. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib 4. Recop. n. 45. al 65. Cur. Philip. Ilustr. part. 1. §. 16. n. 6. y 9.

(2) Ley 5. al fin. tit. 5. lib 4. Recop.

(3) Ley 116. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cum precibus, Cod. de Probation. Sr. Gregor. Lop. en la ley 116. glos. fin. Sr. Covar. Pract. cap. 19. n. 8. vers. Hæc Sane: Parej. de Instrument. Edition. tit. 1. resolut. 2. §. 2. num. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 16. n. 32.

399 No solo compete el privilegio de restitucion à los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino quando salen à ella como opositores, ò coadyubando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los Autores por falta de expresion de la ley, por lo que será arbitrario en el Juez el concederla, ò no, segun los meritos de la causa, y razones que aleguen. (1)

400 Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno goza del privilegio, por tenerlo los dos en especie, y acto, à menos que el uno trate de *lucro captando*, y el otro de *damno vitando*, en cuyo caso compete à éste como leso, y se le deberá otorgar, y gozará de la restitucion. (2) Y lo mismo procede quando acredita no haber podido hacer su prueba en el termino ordinario, y el otro sí, pues entonces se le debe conceder para evitar su indefension; bien que en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo el motivo de su imposibilidad, y deferirse à ella hasta que cese el impedimento, que no depende de culpa suya; porque al impedido legitimamente no corre termino, ni prescripcion.

401 Si la cosa litigiosa es individua, y pertenece à dos, uno mayor y otro menor, y ambos contienden sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no, siendo dividua. (3) En quanto à si compete, ò no el beneficio de restitucion al menor, que es Letrado, ò jurisperito, hay dos opiniones contrarias. (4) Lo cierto es que la ley habla general, è indistintamente, y no le exceptúa, ni priva de él por la jurispe-

(1) Gutier. lib. 1. Pract. quæs. 66. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 10. Sr. Valenzuel. consil. 165. Sr. Covar. lib. 2 Variar. cap. 3. n. 10

(2) Cap. 1. y cap Auditis, de In integrum restitution. y cap Si à sede 11. de Præbend. in 6. y ley Verum, §. Item quæritur, ff. de Minorib. Sr. Covar. Pract. capit. 7. n. 4.

(3) Barb. en la ley unica, Cod. Si in communi. n. fin. y en la 6. Cod. de In integrum restitut. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 67. Ciriac. Controv. 183. Fontanel. decis 112 y 120.

(4) Vela dissert. 37. num. 30. Garcia de Expens. cap. 23. n. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 5.

pericia, y quando la ley no distingue, no debemos distinguir, sino entenderla segun, y con la amplitud con que está concebida.

§. X.

DE LAS TACHAS, O REPULSAS de los testigos, tiempo, y forma de oponerlas, y termino para probarlas: y de las alegaciones en derecho.

402 SE valen muchas veces los contendores para probar su intencion, y enervar la de sus adversarios, de testigos, que son parientes, ò amigos intimos suyos, ò enemigos de aquellos; y tambien de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio, de los que hice mencion en los numeros 299. y siguientes; y deseoso el derecho de precaverles el perjuicio que sus deposiciones pueden irrogarles, proveyó de remedio, permitiendo que les pongan las tachas, y defectos que tengan, à fin de que probandolas, se desprecien sus dichos como sospechosos, y no perezca la justicia del que la tiene. Y à efecto de que el Escribano se instruya del modo, tiempo, y forma de oponerlas, digo que los litigantes no pueden tachar al tiempo de hacer su prueba, los testigos de contrario presentados, porque es articulo impertinente, à menos que intervenga causa de enemistad, y no otra; (1) pero hecha publicacion en qualquiera de las instancias, puede cada uno tachar, no solo las personas de los producidos por su adversario, sino sus dichos, y abonar los suyos. (2)

403 Para que se admitan las tachas, ò repulsas de los testigos, deben intervenir copulativamente de parte del que las opone, tres requisitos: el primero, que en qualquie-

(1) Marant. part. 6. de Testium repulsa, n. 8.

(2) Leyes 22. y 37. tit. 16. Partid. 3. y 6. al fin tit. 33. Partid. 7. y ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop.

quiera instancia sin diferencia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notoriedad de la publicacion de probanzas, y no despues, porque no se concede mas termino, ni restitucion. El segundo, que las especifique con toda claridad, y distincion, como tambien las causas de que provienen; v.g. si pone al testigo la de *excomunion*, ha de expresar si ésta es mayor, ò menor, quién le excomulgó, en qué tiempo, y lugar, y por qué razon: si la de *falsario*, en qué tiempo, y pleito dijo falso testimonio: si la de *perjuro*, en qué caso, lugar, tiempo, y por qué razon se perjuró: si la de *homicida*, à quién mató alevosamente, en qué tiempo, y lugar: y asi las demás que se pueden objetar, pues no especificandose con esta claridad, no se deben admitir, porque prohibe nuestro derecho que se admitan tachas generales, y no bien especificadas. (1) Y el tercero, que para eximirse de la pena de injuriante, protexte, y jure no ponerlas de malicia, ni con animo de infamar al testigo, sino unicamente por convenir à su defensa, pues de esta suerte (cesante malicia) se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha: (2) de cuyos requisitos, los dos primeros son indispensables como preceptuados por la ley, y el tercero tiene su tendencia à beneficio del que tacha, à fin de evitar que se le imponga la pena referida, si no prueba la tacha, ò tachas que opone. En quanto à si en el termino dado en segunda instancia para tachar à los testigos en ella producidos, se podrán probar las tachas de los examinados en la primera: vease à Paz *tom. y part.* 1. *temp.* 9. *n.* 7. *y al* Sr. Covar. *Pract. cap.* 18. *n.* 5. que lo tratan latamente.

404 Se pueden poner las tachas en interrogatorio, ò pedimento, pues no hay ley que prefina en dónde. Los seis dias para oponerlas parece se deben entender para cada parte, porque de lo contrario se verificará, que si el que toma primero los autos los consume, ya por ser volumi-

no-

(1) Ley 19. tit. 10. lib. 2. y ley 2. tit. 8. lib. 4. Recop. y cap. Præsentium, §. Testes, de Testib. in 6.

(2) Paz tom. y part. 1. temp. 9. n. 22. Cur. Philip. part. 1. §. 17. n. 13. cerca del fin.

nosa su prueba, ò la de ambos, ò por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado à juramentar los testigos, ò no conociendolos, ò ignorando hasta entonces la tacha, aunque los conozca, y presencie à su juramento, y será perjudicado; pero sin embargo, en la práctica no se observa, porque de permitirse esto, si los litigantes eran muchos, se impenderia largo tiempo; y respecto à que en el termino de prueba puede indagar la parte contraria las que tengan los testigos de su contendor, y que se le cita para ello, y para conocerlos, y verlos juramentar, echese la culpa de su omision; y asi los seis dias son para todos indistintamente, y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene potestad para ampliar el termino que prescribe, y mucho menos en materia odiosa como esta.

405 Siendo admisibles las tachas, se ha de dar termino arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, ya sean, ò no menores los litigantes, ò uno sí, y otro no, porque es peremptorio; y en ninguna instancia se ha de conceder restitucion para ponerlas, ni probarlas, ni recibirse à prueba de ellas, hasta que pasen los quince dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion en caso que haya privilegiado à quien deba concederse ésta, ni el Juez lo puede ampliar, aunque sí abreviar si le pareciere, (1) de suerte que deben correr à un propio tiempo el de la restitucion si lo hubiere, y el de tachas, ò por mejor decir ha de ser todo uno; dentro del qual no solo se han de presentar, sino tambien examinar los testigos de ellas, y pasado, no se deben recibir aunque estén juramentados, y es la razon porque las tachas son odiosas, y para admitirlas, y probarlas se examinan, y concede el termino con gran conocimiento de causa, y por eso se debe restringir, (2) lo qual no mi-

lí-

(1) Ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop. cap. 22. de Re judicat.

(2) Abb. in cap. Licet dilectus al fin, de Testib. Marant. ibi, n. 6. y 7.

líta en el negocio principal como queda sentado. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar à que pasen los referidos quince dias; y asi se ha de recibir à prueba de ellas inmediatamente que se proponen, porque no hay motivo para la espera. Previniendo, que del pedimento, ò interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante para que diga si son, ò no admisibles, y oponga à los testigos de su adversario las que tengan; y si dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir las admite el Juez, y recibe la causa à prueba de ellas; y lo mismo practíca aunque lo contradiga: pero no siendo admisibles, las debe despreciar, y declarar no haber lugar à su admision.

406 Para justificar las tachas por testigos, se han de buscar los que sean idoneos, y fidedignos que ninguna tengan, pues en el fuero Real no se admite prueba de tachas contra tachas, porque sería proceder à infinito; ni se hace publicacion particular de los examinados por restitucion, ni tampoco hay, ni debe haber mas que una en cada pleito, por lo que en el termino de ésta se han de proponer, y probar las que tengan asi los examinados en el ordinario, como los que se examinen en el de la misma restitucion si las tienen, porque la ley no dá mas ampliacion; y por lo mismo aunque litigue alguno, à quien competa el beneficio de menor edad, manda que la causa no se reciba à prueba de tachas hasta que hayan espirado los quince dias en que se puede pedir la restitucion, (1) como queda expuesto, para que corra todo junto, y se eviten mas dilaciones. Pero en el fuero Eclesiastico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon à los examinados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de éstos, y no mas, como lo dice el capitulo *Licet dilectus* 49. *de Exceptionibus contra testes proponen-*

(1) Ley 3. cerca del fin, tit. 8. §. 16. n. 30. al fin. lib. 4. Recop. Cur. Philip. part. 1.

nendis lib. 2. Decretal. Previniendo que aunque no se reciba à prueba de ellas, no se causa nulidad en caso que no se pongan, ni pidan, porque no hay materia sobre que recaiga la prueba.

407 Tres son los generos de tachas que se pueden oponer à los testigos: el primero contra sus personas, diciendo que son inhabiles para testificar absolutamente en toda causa, ò para haber testificado en aquella, en que depusieron. El segundo contra su examen, v. g. por defecto de jurisdicion del que los examinó, ò por haberse examinado fuera del termino competente, ò paladina, y no secretamente, admitiendo à muchos à un propio tiempo, ò despues de hecha publicacion, ò faltado la citacion de la parte contraria, ò no sido juramentados, &c. Y el tercero contra sus dichos v. g. por haber depuesto cosas contrarias, obscuras, inciertas, vacilantes, no verosimiles, ni congruentes al hecho litigioso, ò totalmente falsas, ò singulares, ò fuera de lo articulado, ò sobre lo que no se les juramentó, ò por no haber dado la razon de su ciencia, y dicho. (1)

408 Aunque para poder tachar à los testigos contrarios, no es menester protestar contra sus personas, y dichos al tiempo que se juramentan, à fin de que no sean admitidos à declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es util no obstante, quando el testigo tiene algun defecto, por el qual se le reprueba en favor del mismo protestante, ò reprobante, y éste protesta que no se le admita; pues de omitir en este caso la protesta, es visto aprobar à lo menos su persona, y aun consentir su dicho. Pero si el defecto tiene su tendencia à su persona solamente, v. g. por estár excomulgado, &c. no es precisa la protesta, antes bien si se hace, debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo à su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la

(1) Cap. Licet dilectus 49 de Exceptionib. contra testes, lib. 2. Decretal. Reinfestuel en dicho lib. §. 17. n. 534. al 536. Pirhing. de Exception. contra testes, n. 239.

la protesta quiso que en nada se le diese credito; (1) por cuya razon es menester gran precaucion en las que en semejantes casos se hacen, pues pueden ser nocivas al protestante.

409 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan examinado, ni tampoco en otro, sin embargo de que se produzcan contra ella, porque es visto haberlas aprobado, (2) y lo que una vez agradó, no puede desagradar. (3) Lo qual se limíta en caso de enemistad, ù otra causa legal nacida, y sabida despues, en cuyo caso se le permite. Pero contra sus dichos puede alegar, y probar en el termino expresado lo que la convenga, ya sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ù otro motivo. (4) Y para que sus deposiciones no la perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ò al tiempo de la produccion de ellos proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos, ni estár à sus declaraciones mas que en lo favorable*; con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron contra ella.

410 En quanto à si el Juez podrá, ò no repeler de oficio los dichos de los testigos inhabiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad; unos lo son para testificar absolutamente en qualquiera causa respecto de todas personas, v. g. los infames, criminosos, impuberes, siervos, &c. porque por derecho están reprobados: otros para testificar contra, ò en favor de ciertas personas, v. g. los padres por los hijos, éstos por ellos, los consanguineos por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domesticos, &c: otros contra personas determinadas v. g. el enemigo capital contra aquel, à quien profesa enemistad, excepto que lo sea de ambas partes; el

(1) Dicho cap. Licet, al fin, et ibi glos. et Abb. Reinfestuel dicho §. 17. n. 538. Marant. ibi, n. 2. y 4.

(2) Ley 31. tit. 16. Partid. 3. y ley Si quis testib. Cod. de Testib. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 31. glos. 4.

(3) Regula 21. Jur. in 6.

(4) Dichas leyes 31. tit. 16. y Si quis testib. y cap. 31. de Testib.

el Judio contra Christiano, &c. Y otros que no pueden testificar en ciertas causas, v. g. el Clerigo en causa de sangre. (1)

411 Supuesto lo referido, digo que si el testigo es inhabil por derecho, porque su inhabilidad consiste en culpa, infamia, impubertad, esclavitud, y en otras cosas semejantes, puede el Juez repeler de oficio su dicho, porque por el favor público, que prepondera al particular, tiene prohibicion legal de testificar; y por lo mismo carece de potestad la parte para habilitarlo, pues de lo contrario sería leso el derecho público, y comun utilidad de la Republica, y hasta el decoro de los mismos juicios; pero si la inhabilidad no es legal, sino que cede principalmente contra los litigantes, y éstos la pueden remitir, v. g. por ser domesticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino à su instancia, porque por su silencio es visto que los aprueban, y habilitan; (2) pues à ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido à su privativo beneficio. (3) Y se previene que no se admiten tachas, sino de enemistad capital en las causas de lesa Magestad; (4) ni en las de blasfemia, porque se equiparan à ellas; ni tampoco regularmente en las executivas, y demás sumarias. (5)

412 Pasado el termino de la restitucion, y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion, y del derecho, y justicia que les asiste, segun resulte de sus probanzas, en los terminos insinuados en el num. 391; y si no las hicieron, alegarán so-

(1) Reinfestuel dicho lib. 2. Decretal. tit. 20. §§. 1. hasta el 17. inclusivè, y otros que cita.

(2) Ley Quos prohibet, ff. de Postulando. Gom. lib. 3. Var. capit. 12. n. 22. Paz tom. y part. 1. temp. 9. n. 9. y 10.

(3) Cap. Si diligenti 12. de Foro competent. y ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. Cur. Philip. part. 1. §. 17. n. 14. y 15.

(4) Ley Famosi, y ley In quæstionibus, ff. ad leg. Juliam Majestat.

(5) Marant. de Repulsa test. n. 16. al fin. Abb. in cap. Veniens, de testib. et ibi Felin. in 6. et Aretin. col. 10. Parlador. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 25. Cur. Philip. part. 2. §. 19. n. 7.

solamente de su derecho, y justicia; y conclusos los autos por la una, se ha de hacer saber à la otra, para que la conste que lo están, como diré en el numero 415.

413 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos; aunque segun las leyes 51. tit. 4. lib. 2. y final tit. 6. lib. 4. Recop. basta acusarle una rebeldía para haberlos por conclusos, asi para auto interlocutorio, como para sentencia difinitiva, se estila no obstante en algunos Juzgados acusarle dos; à la primera *la há el Juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido.* Cuyo auto se le hace saber, y pasados los tres dias, si no los ha tomado, se la buelve à acusar insistiendo en que se hayan por conclusos legitimamente, y el Juez defiere à ello; bien que algunas veces suele mandar se le buelva à notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo practicado, se declaran por conclusos: y en estos casos se debe hacer saber la conclusion à ambas partes, para que les conste; y lo mismo se practica quando son muchos los litigantes, pues à todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos, sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomandolos ambos, los puede el Juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno, asi para sentencia interlocutoria, ò recibirlos à prueba, como para difinitiva segun lo ordena la ley 9. tit. 6. lib. 4. citado, y lo dejo advertido en el numero 274. y concederles el termino que le parezca competente para alegar, pues los seis dias legales se entienden en pleitos ligeros.

414 Aunque no es de substancia del juicio, ni se anula por no alegar las partes de su justicia, y derecho en vista de sus probanzas: no obstante está introducido, y son varios los motivos por que alegan, y se les comunican: el primero, para que deliberen si han de continuar el pleito, ò ceder. El segundo, porque el alegato es especie de defensa, en el qual (estando formado como se debe) se epilogan no solo todos los hechos resultantes de los autos, y las razones legales, y reflexiones que de ellos nacen, sino que se impugna con solidéz todo lo que el ad-

adversario aduce en apoyo de su intencion: bien que en los alegatos no se deben citar leyes, ni doctrinas porque lo prohibe la ley 4. tit. 16. lib. 2. Recop. pena de 600. maravedis al Abogado que lo haga, ò repita lo que antes alegó, por los motivos que expone. El tercero, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes à ambos litigantes, y se les deben manifestar si las piden, y de lo contrario pueden apelar; y esto mismo está dispuesto por las condiciones de millones, súplica sexta en las del quinto genero folio 94. buelto, por la que se ordena que en los pleitos civiles, y criminales, se dén las informaciones en derecho de unas partes à las otras, para que asi se aclare mejor la verdad à menos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no sean mas de dos alegatos principal, y replicato, ni los Jueces los puedan recibir. Y el quarto para patentizar mas bien al Juez la verdad, à fin de que determine con mayor prontitud, y conocimiento lo que estime arreglado segun los meritos de la causa; (1) bien que el Juez no debe sentenciar por lo que en él se exponga, sino por lo resultante de autos, à cuyo fin los debe inspeccionar con toda prolixidad. Y se advierte, que de las alegaciones, ò informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del Juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos si se pide, segun lo manda dicha ley, porque en este caso, y no en el otro se hacen comunes, y son del proceso. (2)

(1) Ley 1. §. Edenda, ff. de Edendo, ley 2. Cod. eod. tit. y ley 2. Cod. Ut lite pendente. cap. Pertuas, de fide instrumentor. Marant. part. 6. act. 10. de actor. edition. n. 53 y 54.

(2) Marant. ibi, n. 58. Menoch. de Arbitrar. cas. 175.

§. XI.

§. XI.

DE LA CONCLUSION DE LOS AUTOS para difinitiva; y si despues de conclusos se podrán, ò no hacer probanzas.

415 CConcluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas, y defensas que les competen, y que nada mas quieren, ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es de substancia del juicio, ya se pida, ò no por las partes, como se prueba de nuestro derecho; (1) por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se há el pleito por concluso legitimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion à la otra como en el fuero eclesiastico, sino unicamente hacersele saber para que le conste que ya está concluso, y no para otro efecto; y siendo mas de dos, como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en numero, y en este caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado, ò traslados, hasta que por los mas se concluye, y se les hace saber; y si no toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en el numero 413.

416 Puede el Juez à instancia de ambas partes, ò de una de ellas, (y aun quando lo resistan,) haber, y declarar la causa por conclusa, si pasados los terminos que las prefine, no alegan de bien probado; y tambien si no hay probanza, y una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que de la pretension se la comunica, la acusa la rebeldía à la primera audiencia. (2) Pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que queda sentado en el numero anterior.

Sin

(1) Ley final tit. 6. y ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop.

(2) ley 52. tit. 4. lib. 2. y ley 10. tit. 6. lib. 4. dicho.

417 Sin embargo de estár prohibido hacer probanzas con testigos en primera instancia despues de la publicacion, y conclusion, por evitar que las partes en vista de lo depuesto por los presentados, corrompan otros que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba, ò despues, como he sentado en el num.398. no lo está por instrumentos, y asi con estos pueden hacer prueba no solo despues de la conclusion, sino despues de visto el pleito, con tal que no esté sentenciado; y de ellos se debe dar traslado al adversario, à fin de que los impugne, y se cotejen, si fueron sacados sin su citacion, exponga lo que le convenga acerca de su contesto, y evitar su indefension, y la nulidad; pero para que se admitan, y manden sacar, debe jurar la parte, que hasta entonces no tubo noticia de ellos, y que no los pide ni presenta de malicia, ni por diferir el pleito, sino solamente por conducir à su justicia; lo qual es corriente en la práctica, y conforme à derecho, (1) porque no hay riesgo de soborno, perjuro, ni otro fraude como con los testigos, y se permite à efecto de aclarar la verdad, y de que no perezca la justicia de la parte. Previniendo, que para probar la falsedad, y suplantacion de los instrumentos expresados, ha de conceder el Juez al redarguyente termino competente, recibiendole juramento de que no los redarguye de falsos, (2) con malicia, sino por convenir à su defensa; ò juraudolo él (como queda expuesto) en el pedimento en que solicita la prueba de la falsedad.

418 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion, ò posiciones de la parte adversa concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba, sino relevacion de ella. (3) Tambien puede hacerse por juramento

su-

(1) Ley 1. tit. 2 y leyes 1. 2. 3. y 5. tit. 5. lib. 4. Recop. Paz part. y tom 1 temp. 8. n. 145.

(2) Ley 116 tit. 18. Partid. 3. Cur. Philip. part 1. §. 16. n. 32

(3) Ley 2. tit. 12. Partid 3 ley Ubicumque 21. ff. de Interrogation in jur. faciend. et de interrogator. act. y cap. Cum Joannes, de fide instrumentor. Sr. Gregor. Lop. en dicha ley 2. glos. 1. y 2. Marant. part. 4 tit. Judicium ordinarium, n 28. y part. 6. tit. de conclusion. n. 5.

supletorio à instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el num. 116: è igualmente por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer, (1) y dejo referidos en el num. 357.

419 Puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion, à fin de investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion, y conocimiento, porque para él jamás concluye el pleito: (2) y à instancia de parte, ò de oficio examinar segunda vez al testigo que no fue preguntado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito, si para todas fue presentado; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que declare su dicho, (3) *mandando que para mejor proveer se haga esto, ò lo otro*, ò lo que sea, &c. cuyo auto no es apelable: bien que si no quiere hacerlo, no está obligado à ello, no obstante que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo, se puede apelar. (4) En quanto à si el Juez en las causas ordinarias puede interrogar à una parte, y à los testigos à instancia de la otra despues de la conclusion sobre articulos nuevos, hay variedad de opiniones; pero en las sumarias es comun doctrina que puede: sobre lo qual vease à *Maranta part.* 4. *tit. Judicium ordinarium, et summarium num.*28. *al* 31. y à los que cita.

(1) Bald. in leg. Si quis testibus al fin, Cod. de Testib. et in leg. Contra negantem al fin, Cod. ad leg. Aquil. Jas. in repet. leg. Admonendi, col. 154. ff. de Jurejurand. Marant. part. 6. dicha n. 4. y 6.

(2) Dicha ley 2. tit. 12. y cap. Cum Joannes, cit. Gaillus lib. 1. Pract. observat. 107. n. 5. Jas. in dict. repetit. n. 61. y 62.

(3) Ley 30. tit. 16 Partid. 3. y cap. Per tuas, de testib.

(4) Paz tom. y part. 1. temp. 10. n. 11. al 17.

§. XII.

DE LA RECUSACION DE LOS JUECES superiores, è inferiores, y subalternos de los Tribunales: causas por qué puede ser hecha: y forma de hacerla.

420 NO es otra cosa (segun mi proposito) la recusacion, que declinacion, ò separacion por causa cierta, y justa de la jurisdicion del Juez sospechoso, y de su audiencia, para que no conozca del negocio. (1) Fue introducida por tres razones, la primera, porque el conocimiento de la causa requiere tres cosas, que son: justicia, juicio, y verdad, las quales es muy dificil hallar en el Juez sospechoso. (2) La segunda, porque es muy duro, y peligroso litigar ante un Juez, de quien no se tiene confianza. (3) Y la tercera, porque por derecho natural es licito à qualquiera precaverse de la ofensa, y del ofensor: (4) y asi no puede quitarla el Principe, ley, ni estatuto, porque mira à la defensa natural, y embebe en sí perjuicio irreparable. (5) Y sus efectos son, suspenderle la jurisdicion, y facultades de entender en el pleito, de tal suerte que una vez recusado legitimamente, debe sobreseer en su conocimiento, y no proceder *ad ulteriora*, (6) pues si pro-

(1) Ley Apertissimi 16. Cod. de Judic. Canon Quod suspecti 3. quæst. 5. Pirhing. de Recusation. n. 265.

(2) Card. de Luc. in Prax. judic. cap. 19. Quesad. Controvers. jur. cap. 17. n. 16. Crespi observat. 9. y 10. n. 4. Sr. Solorz. in polit. cap. 8.

(3) Cap. Cum speciali, Cod. de Judic. cap. Quod suspecti, 3. quæst. 5. cap. Cum inter, de exception. y ley 22. al princip. tit. 4. Partid. 3.

(4) Fontanel. decis. 1. n. 1. Cardos. in Prax. verb. Recusatio. Pereir. in Promptuar. jur. verb. Recusatio. Barbos. in Repertor. jur. eod. verb.

(5) Card. de Luc. ibi, num. 2. Quesad. ibi, n. 18. Gras. except. 24. n. 15.

(6) Cap. Secundo requiris 41 §. fin. hoc tit. y ley Apertissimi. cit.

procede, será nulo *ipso jure* como atentado todo quanto en él practíque. (1)

421 Por derecho comun, y de las Partidas (2) se debia recusar al Juez antes de la contestacion de la demanda, y no despues, à menos que hubiese causa nueva para ello; pero hoy en qualquiera estado del pleito se permite, con tal que la sentencia no esté publicada, y pueden las partes recusarle, y tambien al Escribano, ò Escribanos que entienden en él. (3) Y para que el principiante no ignore por qué causas pueden ser recusados asi los Jueces, como los Escribanos, y otros subalternos, y qué forma se debe observar en la recusacion de los Jueces ordinarios, Togados, Eclesiasticos, y otros, paso à explicarlo con la distincion, y claridad posible.

422 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al Juez de sospechoso, y ser por consiguiente recusado: la primera por tener gran familiaridad con la otra parte, pues no basta la modica. La segunda por ser consanguineo, ò afin de ella, pero no, si lo es igualmente de ambas. La tercera, quando es Theniente del Juez ordinario, y se tiene à este por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya: y lo mismo procede quando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa à toda su familia. La quarta, quando quiere ser Juez en causa propia. La quinta, quando es enemigo capital del recusante, ò lo fue en otro tiempo, aunque esté reconciliado. La sexta, quando es consanguineo del consanguineo de su enemigo, ò comensal suyo, ò de éste, ò su paysano, ù oriundo de su país; y hallandose en tierra estraña, se tratan como hermanos; bien que la amistad que solo proviene del paysanage, no es causa suficiente para la recusacion, como advierte el *Sr. Greg. Lop.* en la *glos.* 4. *de la ley* 4. *tit.* 27. *Partid.* 4. La septima, quando es subdito de

(1) Glos. Canon Quoties 2. quæst. 6. verb. Appellent. Valens. hoc tit. §. 19. num. 4. Reinfestuel hoc tit. n. 325. y 326.

(2) Authent. Offeratur, Cod. de Litis contestat. ley Apertissimi cit. y leyes 22. tit. 4. y 8. verb. *Otrosí decimos*, tit. 10. Partid. 3.

(3) Sr. Covar. Pract. cap. 26. n. 3. Paz tom. y part. 1. temp. 10. n. 20.

de la otra parte por razon de la jurisdicion, ù otro motivo, v. g. vasallo, ò sufraganeo, pues por temor puede hacer injusticia. La octava, quando fue Abogado de ella en quella causa; mas no, si lo fue en otra del todo diversa. La nona, quando favorece demasiado à la otra parte, y grava al recusante. La decima, si tiene con él tanta familiaridad, que le habla à la oreja. La undecima, si el Juez procede injusta, animosa, y extrajudicialmente contra el recusante. La duodecima, si tiene otro pleito igual al que ante él pende, pues se presume juzgará en él del modo que quiere se juzgue en el suyo. La decimatercia, si el recusante tiene algun pleito con el Juez como persona privada, pues produce bastante enemistad para conceptuarle sospechoso. La decimaquarta, si no quiso exercer con él algun acto de humanidad, pues se contempla su enemigo; ò si no quiere saludarle; ò fue conminado por la otra parte para que hiciese daño al recusante. La decimaquinta, quando el Prelado quiere ser Juez en pleito de su Iglesia, porque se presume la tendrá nimia, y excesiva aficion. La decimasexta, quando fue consultor en la causa, aunque no haya sido Abogado, y reveló su voto; mas no, sino le reveló. La decimaseptima, si fue electo por consultor à pedimento solo de la otra parte, ò testigo en la causa, y luego pasa à ser Juez en ella. La decimaoctava, si es Canonigo de aquella Iglesia, y tambien una de las partes; pero no, siendolo ambas. La decimanona, si la parte contraria impetró à su señor por Juez suyo en aquella causa; ò el mismo Juez procuró serlo; ò es socio suyo; ò ambos habitan una casa en compañia. La vigesima, quando el recusante tiene apelado de sentencia del propio Juez, pues pendiente la apelacion, se hace sospechoso para otra sentencia. La vigesimaprima, si recibió don, ò premio de la otra parte, pues se presume corrompido; y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho, y regalo distinto dado al Juez, si con su dicho concurren otras presunciones, y circunstancias, como lo ordena la ley 6. tit. 9. lib. 3. Recop. La vigesimasecunda, quando fue Juez en primera instancia, pues no puede serlo en

en la segunda. La vigesimatercia, quando por algun respeto tiene tendencia la causa al daño, ò provecho del Juez, v. g. por estár obligado à eviccion, ser fiador de la otra parte, &c. La vigesimaquarta, quando es iliterato, imperito, y la causa ardua; ò nimia, y excesivamente severo, y cruel, ò indiscreto, ò acostumbra serlo. Y la vigesimaquinta, si es compadre de la otra parte, ò no quiere oír al recusante, aunque el pleito sea claro. Por cuyas causas, y por otra qualquiera que baste para remover al arbitro, y Procurador, puede ser recusado el Juez, las quales refiere, y apoya con muchos textos, y Autores, *Marant. part. 6. tit. de Appellat. num. 28. al 73. inclusive*, los que omito citar à beneficio de la brevedad.

423 Para explicar con claridad el modo, y forma que se debe observar en la recusacion de los Jueces, es preciso advertir que hay Jueces ordinarios, y delegados Eclesiasticos, y seculares; arbitros; executores; de residencia; Alcaldes de Corte, y otros togados; y Presidentes del Consejo, Chancillerías, y Audiencias. Si el Juez letrado es ordinario, ò delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, y sí solo porque se le tiene por sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado, y se acompañe conforme à derecho; pues à ninguno de los dos se remueve, ni quita el conocimiento, y unicamente se les suspende el progreso en la causa sin el acompañado, y asi es nulo lo que sin éste practíquen despues de la recusacion, la qual se debe hacer *in scriptis*, y no basta verbalmente, previniendo que si falta el juramento expresado, no se admite la recusacion aunque no se pida al recusante, (1) no obstante que la ley (2) solo le precisa à hacerlo quando la parte adversa lo pide.

La

(1) Ley 1. tit. 16. lib. 4. Recop. & ibi, Acev. gloss. in dict. leg. Apertissimi, verb. Recusare: Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Partid. 3. glos. 4. Sr. Covar. dicho cap. 26. n. 1. Paz dicho temp. 10. n. 22.

(2) Dicha ley 22. tit. 4. Partid. 3. verb. *Por ende.*

424 La persona con quien debe acompañarse el Juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los Jueces del Pueblo; y no habiendolo, han de nombrar los Regidores à dos de éstos por acompañados; y si no se convinieren, ò no los hubiere, ha de elegir el Juez quatro hombres buenos de los mas ricos de él, los quales deberán echar suertes sobre quales de ellos han de ser acompañados, y jurar los dos à quienes toque, que usarán legal, y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleito, y guardarán secreto en lo que fuere necesario; (1) y no siendo letrados, han de buscar un asesor que lo sea. Previniendo que el recusante debe pagar sus derechos al acompañado, à lo que se le puede compeler por embargo, y venta de bienes (2) porque dá motivo à que se causen.

425 Siendo recusados los Alcaldes de Corte, que tienen Provincia, y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los Escribanos de Provincia, se pueden acompañar con otro Alcalde, ò con persona de ciencia, y conciencia; (3) porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como quando juntos en Sala entienden en algun negocio, pues entonces son necesarios otros requisitos que explicaré en el numero 440. y sig. Lo mismo practica hoy regularmente qualquier Juez ordinario letrado si hay otro en el Pueblo, por evitar los circulos de la ley, observando en quanto al numero de recusados lo dispuesto para con los asesores de los Jueces legos, de que trataré en el numero 432. pues por hombre bueno se entiende segun derecho (4) el Juez ordinario.

426 No conformandose en las causas civiles el Juez ordinario secular recusado, y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno; pues

(1) Ley 22. cit. y leyes 1. y 2. tit. 16. lib. 4. Recop.

(2) Acev en dicha ley 1. n. 11. y n. 21. al 25. Avendañ. in cap. Prætor. 23. part. 2. n. 14. y 15. Segur. part. 1. Director. cap. 14. n. 49. y sig.

(3) Auto 5. tit. 10. lib. 2. Recopil.

(4) Ley 31. tit. 34. Part. 7.

pues sino se apela, es valida la pronicia al reo, excepto en los casos favorables de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias, y otros, en los quales vale la que se profiere, aunque sea à favor del actor: y antes de proferirla pueden elegir tercero, y lo que los dos resuelvan, es sentencia, porque éste se repata por Juez ordinario. (1)

427 Pero si el recusado fuere delegado, y no se conformare con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como delegados ambos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea; (2) previniendo que éstos han de pronunciar juntos la sentencia, pero el ordinario, y su acompañado la pueden dar juntos, ò cada uno de por sí separadamente, por no prohibirselo el derecho. (3)

428 En las causas criminales, y en las de libertad, y servidumbre si el Juez ordinario, y acompañados discordaren, valdrá la sentencia proferida por la mayor parte, y dando cada uno la suya, será válida la favorable al reo; pero si el recusado delegado, y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de estos es uno, y no prevalece contra el del Juez, à menos que uno de ellos se conforme con el de éste, pues entonces como de mayor parte será sentencia. (4)

429 Debe asistir el Juez acompañado con el recusado en su Audiencia à dar la sentencia, y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legitimo; y si no es Juez, respecto conferirsele jurisdicion, debe jurar tambien que usará bien, y fielmente su encargo, y administrará justicia à las partes, pues siendolo, no necesita hacer él juramento, por haberlo hecho quando entró à serlo, ni se

(1) Leyes 17. y 18. tit. 22. Partid. 3. ley Inter pares: y ley Duo judices; ff. de Re judicat. y cap. fin. eod. tit.

(2) Dicha ley 17. tit. 22. Partid. 3. Cur. Philip. part. 1. §. 7. n. 15.

(3) Bobadill. lib. 2. cap. 2. n. 159. y lib. 3. cap. 8. n. 117. y sig. Acev. ibi: n. 34. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 94. n. 2. vers. Ego vero.

(4) Ley 18. tit. 22. Partid. 3. Paz tom. 1. part. 5 §. 12. n. 53. al 57 Pisa in Cur. lib. 2. cap. 8. Cur. Philip. part. 1. §. 7. n. 15.

se estila, aunque la ley 1. tit. 16. lib. 4. Recop. manda indistintamente à todos los acompañados que lo hagan; (1) pero no puede ser recusado sin probarse causa, (2) porque no se le contempla sospechoso, sino antes bien imparcial.

430 El que impetró al Juez para que conociese de su negocio, acudiendo à este fin al Principe, ò à su Tribunal supremo; ò al efecto expresado puso voluntariamente la demanda ante un Juez sin dicho requisito, no puede recusarlo despues sino por nueva causa de enemistad, ù otra superveniente, aunque sea en la de reconvencion puesta por el reo; porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ò acudido ante él para que le administrase justicia, es visto haberlo aprobado, y no tenido por sospechoso. (3)

431 Si el Juez es lego, debe nombrar à su arbitrio por Asesor (que es lo mismo que consejero, ò consultor) un Letrado aprobado para proferir la sentencia difinitiva, ò Auto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento à los litigantes, à fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro, ù otros, de quienes no tengan sospecha, como se prueba de la ley 2. tit. 21. Partid. 3. que dice: *E por ende los juzgadores ante que dén su juicio, deben tomar consejo con tales omes en esta manera, diciendo primeramente à las partes: facemos vos saber que queremos haber consejo sobre vuestro pleito. Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta Villa, ò desta Corte, dadnoslos por escrito; è despues que gelos obieren dados escritos, debe tomar el juzgador que ha de juzgar el pleito, uno, ò dos de los otros que sean sin sospe-*

(1) Ley 22. tit. 4. Partid. 3. y dichas leyes 1. y 2. tit. 16. lib. 4. Recop. S. Covar. dicho cap. 26. num. 1. al 3. Sr. Salg. de Retent. part. 2. cap. 19. n. 41.

(2) Authent. de Exhibendis reis, §. Si vero, collat. 3. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 22. glos. 9. vers. *Et an iste adjunctus poterit recusari.*

(3) Glos. & ibi Abb. al fin in cap. Insinuante, de offi. Delegat. Paul. de Castr. consil. 442. col. per ult. in 2. vol. Sr. Greg. Lop. ibi: vers. *Et nota quod reconventus.*

pecha, è mandar à ambas las partes que vengan antellos, è recuenten todo el pleito de como pasó, è muestren, è razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudarán::: de modo que se les hace saber el nombramiento de Asesor, para que à la primera audiencia le recusen si quisieren, como lo pueden hacer, sin necesidad de justificar, ni expresar causa: bien entendido, que hasta que pase la audiencia del dia siguiente, no se le deben llevar los autos: y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdicion como el acompañado, para conocer de él, por ser mero consultor, por cuya razon tampoco necesita jurar cómo éste, porque la ley no lo exige, y asi se observa. Pero despues de consentido tacita, ò expresamente el nombramiento por las partes, y aceptado por el Asesor, no le deben recusar en aquel pleito, ni tenersele por recusado sin justificacion sumaria de causa superveniente, ò ignorada hasta entonces, (1) al modo que para con los arbitros, y arbitradores, ò compromisarios se dirá en el num. 434. Y si el pleito consiste en denuncias, ò penas de ordenanza, no necesita el Juez lego asesorarse, (2) ni tampoco para substanciarlo, pues basta el Escribano, que debe saber los tramites de la substanciacion.

432 Con motivo de hacer recusaciones generales algunos litigantes cabilosos, y conformarse solamente con el Letrado que nombrasen el Señor Presidente, ò Governador del Consejo, ò los Presidentes, ò Regentes de las Chancillerías, y Audiencias, en cuyo distrito se seguia el pleito; conspirando con estas ilegales, vagas, y maliciosas recusaciones à vejar, ò molestar à sus contendores, diferir la decision, y à otros fines perniciosos: para extirpar los gravisimos daños que de ellas se les irrogaban, proveyó el Consejo à representacion fiscal el auto que dice asi: *En la Villa de Madrid à trece de Mayo de mil se-*

te-

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Partid. 3. glos. 9. Specul. tit. de Requisit. consil. col. 4.

(2) Scacia de Sentent. cap. 1. glos. 3. quæst. 9. y glos. 13. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Acev. en la ley 7. tit. 18. lib. 4. Recop. n. 105.

tecientos sesenta y seis, los Señores del Consejo de S. M. dixeron que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad, y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos Reynos recusaciones vagas de Abogados asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas, sus defensas, y determinaciones en los dominios, y Provincias de los litigantes, tan recomendadas por todo derecho: debian de mandar, y mandaron que los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo, los Presidentes, Regentes, ò Decanos de las Chancillerías, y Audiencias, ò de otros qualesquiera superiores. Que solo se permita à cada parte la recusacion de tres Abogados asesores para la final determinacion, ò articulos de cada causa, quedando los demás de la residencia del juzgado, y su Provincia habiles, para que el Juez pueda nombrar de ellos, y no de otros al que tubiese por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contestacion, ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes, y buena administracion de justicia, y lo rubricaron. En consequencia de cuyo auto, y para su observancia en estos Reynos, se expidió Real Cedula en el Real Sitio de Aranjuez à veinte y siete del propio mes. Y se previene que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente (como algunos litigantes de mala fé interpretan) para cada auto, ò articulo, sino copulativamente para todos los articulos, autos, y sentencia que en cada juicio, ò pleito se provean: de suerte, que si hacen la recusacion solamente para los articulos, puede ser de tres. Si no mas que para la sentencia, de tres tambien. Si recusan à tres para algun articulo, à ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa. Y si recusan para cada articulo el suyo hasta el numero de tres, quedan habiles todos los restantes para la sentencia, y demás providencias, articulos, y recursos que ocurran en el pleito, ò juicio, ya sea posesorio, ò petitorio, pues en cada uno, ya haya, ò no articulos, no se debe recusar mas que à tres de los de la Provincia,

ni

ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar Abogado en ella con quien pudiese asesorarse el Juez: vendriamos à incidir indirectamente en el escollo que fue à precaver, y evitar el auto inserto: y se frustraría, y quedaria ilusorio; por lo que à excepcion de los tres, todos los demás de ella quedan habiles para que elija al que quisiere, lo qual he visto declarado varias veces, por ser conforme al espiritu del auto, y no concederles éste tal facultad; y asi se entiende por los Tribunales del Reyno.

433 El nombramiento de Asesor se debe hacer saber à las partes como queda expuesto, las quales han de pagar los derechos de Asesoría, ya lo haga el Juez de oficio, ò à instancia de ambas; pero si lo es à la de una sola, ò aunque ésta no lo solicite, si la providencia que se debe dar, es à su pedimento, los debe satisfacer. Lo qual se entiende no estando el Juez asalariado, ò no siendo Theniente suyo, ò letrado, aunque lo esté, pues entonces los ha de llevar con arreglo al real arancel sin exceder, pena de perdimiento del oficio, y de pagar el exceso con el quatro tanto. (1)

434 Para recusar al Juez Eclesiastico ordinario, ò delegado se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interés, ù otra; y la recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar antes de la contestacion, protestando poner las demás en su tiempo y lugar; pero si despues de ésta vino à noticia del recusante la causa, ò es notoria, puede recusarle en qualquier tiempo, y estado del pleito, jurandolo asi: y compitiendole beneficio de restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa haya nacido antes de ésta, y se debe admitir. (2)

435 Siendo delegado del Papa, Obispo, ò de otro Juez

(1) Ley 9. tit. 5. lib. 3. Recop.

(2) Cap. Insinuante 25. de Offic. delegat. cap. Pastoralis 4. de Exception. cap. Cum speciali 61. de appellation. cap. Judex 5. y cap. Si contra 14. de Offic. delegat. in 6. y cap. Quod suspecti 3. quæst. 1. Sr. Covar. Pract. cap. 26. n. 2. al 4. Reinfestuel lib. 2. Decretal. titul. 28. §. 12. n. 320. al 324. Paz tom. 2. part. 1. cap. 6. n. 6. al 8.

Juez ordinario Eclesiastico el recusado, ha de compeler à los litigantes à que elijan arbitros letrados, que conozcan de la causa de recusacion, y la decidan, señalando à éstos para ello termino competente, y compeliendolos à que nombren tercero en discordia; (cuyos arbitros han de asignar plazo à los litigantes para probarla) y si dentro del preñnido por el recusado no la determinaren, puede proceder éste en el principal negocio sin embargo de la recusacion. (1)

436 Declarando los referidos arbitros ser legitima la causa de la recusacion, si el Juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su renocimiento, y no à otro aunque lo consienta el recusante; (2) y si fuere Obispo, ù otro ordinario, puede remitirlo al superior, ò à otro, consintiendolo el recusante; y lo mismo puede hacer en otro no sospechoso antes de la eleccion de los arbitros, ò de que se pruebe la causa, no obstante que estén electos. (3) Si fuere subdelegado del delegado del Papa, se ha de examinar, probar, y determinar la causa ante el delegado, y no ante arbitros; (4) y si fuere Vicario General, ò delegado del Obispo, ante éste. (5) Previniendo que el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdicion, y carece de potestad para exercerlo. (6)

437 Los Jueces arbitros, ò compromisarios electos por las partes para dirimir, y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su eleccion,

(1) Dicho cap. Cum speciali, cap. Si quis contra clericum, de foro competent. y cap. Judex, de Offic. delegat. in 6. Paz dicho capit. 6. num. 10. al 12. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 10. n. 94. y part. 3. cap. 3. num. 25. vers. *Quid igitur de arbitris.*

(2) Cap. Judex cit.

(3) Dicho cap. Cum speciali, y cap. Judex. Sr. Covar. cap. 26. cit. n. fin. Paz ibi: n. 12. al 14.

(4) Cap. Super quæstionem, §. Quem vero: de Offic. delegat. Paz ibi: n. 18.

(5) Cap. Contra unum, eod. tit. in 6.

(6) Cap. Judex cit. glos. in cap. Si subdelegato, eod. tit. Sr. Salg. de Retent. part. 2. cap. 5. §. 1.

cion, ò descubierta entonces, aunque antes naciese, ò por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriendoles el recusante à presencia de hombres buenos que no se intrometan à conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, nombrandola; y si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al Juez ordinario de ellos, recusandolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinenti, y pretendiendo que constando de ella, les prohiba entender, y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada, prohibirles la prosecucion: bien entendido, que si fueren tan tenaces que sin embargo de esta prohibicion prosiguieren en él, no valdrá lo que practíquen, ni está obligado el recusante à pasar por ello, ni por no obedecerlo, incurre en pena. (1) Y se previene que si los arbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero, teniendo facultad para nombrarlo; y careciendo de ésta, ha de apremiar el Juez ordinario à los contendores à que lo elijan, y se debe executar lo que la mayor parte resuelva. (2)

438 En ninguna causa civil, ni criminal puede ser recusado el Juez *mero executor*; y la razon es, porque nada hace de su autoridad; (3) pero el *executor mixto*, que tiene facultad para admitir excepciones, y determinarlas, y por consiguiente puede irrogar daño à los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los terminos que el ordinario; (4) pues aunque por nuestro derecho real (5) está prohibida la apelacion, y nulidad sin embargo de que se diga, y alegue incompetencia, ò defecto de jurisdicion, ò de que conste notoriamente de ella en el proceso, ò en otra

(1) Ley 31. tit. 4. Partid. 3. ley Sed etsi, §. Sunt et alii, & ibi glos. y ley Non distinguemus 32. §. Cum quidam 14. ff. de Recept. arbitr. y ley Prætor 13. §. penult. ff. de Vacatio. et muner.

(2) Leyes 26. y 27. tit. 4. Partid. 3.

(3) Glos. fin. in cap. Novi, de appellation. DD. in leg. Si quis, §. 1. ff. de Pœnis. Avend. in cap. Prætor. 23. part. 2. n. 10. al fin.

(4) Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. vers. Dubitari. Escobar de Purit. part. 1. quæst. 6. §. 6.

(5) Leyes 3. y 4. tit. 17. lib. 3. Recop.

otra qualquiera manera, y éstas no impiden la execucion de las sentencias de revista, no se prohibe la recusacion del executor; pues porque lo esté la apelacion, no es consequencia precisa de que lo está tambien la recusacion, (1) y asi se le recusa, y há por recusado sin reparo alguno.

439 Puede ser recusado el Juez de residencia del modo que el delegado; pero no se debe acompañar con los Regidores, porque son reos igualmente que el residenciado; ni tampoco con otro del Pueblo, pues aunque no sean reos, nunca deja de mediar entre ellos cierto espiritu de parcialidad, y coligacion por la dependencia, y parentesco; y asi se ha de acompañar con Letrado de otro Pueblo, que no sea sospechoso. (2) Y si discordan en la sentencia, ninguna de las dos se debe executar, porque la contraria no lo es; pero en caso de querer executar alguna, ha de ser la mas pia, y menos gravosa à los residenciados, y en los casos en que se permite executar sin embargo de apelacion. (3)

440 Para la recusacion de alguno de los Señores del Consejo, y Reales Consejos, Alcaldes de Corte, y Oidores, y Alcaldes de las Reales Chancillerías, y Audiencias quando juntos en sus respectivas Salas conocen como Tribunal Superior de algunos negocios en vista, y revista, ò en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como Juez ordinario, se han de observar seis requisitos: el primero, que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte, ò de su Procurador con poder bastante, sino tambien de Letrado, pues de otra suerte no se debe admitir. El segundo, que contenga juramento de no recusarlos de malicia, sino por tenerlos por sospechosos por tal causa, la que sea. El tercero, que se presente en el acuerdo, y no en la Sala, y se dé al Señor Presiden-

(1) Cap. Postremo 36. de appellation. Gonzalez in cap. Super eo 2. § In causis, eod tit.

(2) Ley Nam & magis, ff. de Arbitr. ley Ille, à quo, §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. glos. in cap. Causam, 2. de judic.

(3) Ley Locatio 9. §. Quod illicite 5. ff de Publican. & vectigal. y ley fin. ff. de Furt. Sr. Solorz. de Jure Indiar. lib. 4. cap. 8. n. 50 et in Polit lib. 5. cap. 10. vers. *Tasi*: Paz in Prax. tom. 1. part. 8. cap. unic. n. 15.

dente, y no al Escribano. El quarto, que sean honestas, moderadas, y no ofensivas al recusado, ni mal sonantes las palabras con que lo recuse. El quinto, que se especifique con claridad la causa legitima que impele à la recusacion, v. g. si es por parentesco de consanguinidad, ò afinidad, en qué grado, y por qué linea: si es por amistad, ò enemistad, de qué causa proviene, y desde quándo, &c. pues no especificandose con esta individualidad, no se admitirán, por estár prohibida la admision de causas no especificadas; (1) previniendo que la recusacion por parentesco à los Señores del Consejo, y Alcaldes de Corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado, y quinto con sexto inclusive; y si es de afinidad, fuera del quarto grado, y quarto con quinto tambien inclusive. (2) Y el sexto, que en vista la ponga el recusante dentro de treinta dias contados desde el en que se principiare à ver el pleito, y no de su conclusion, (y lo mismo se practíca en revista,) ò antes de los quince proximos, è inmediatos al que se hubiere señalado para votarlo; pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas nacidas dentro de ellos, ò despues; y si nacieron antes, debe jurar que hasta entonces no llegaron à su noticia. Lo qual se entiende tambien para en caso que el pleito no se vote en el dia señalado, y pase adelante, pues en este tiempo no se puede recusar, sino por causas nacidas despues. Lo propio milíta, votandose el dia prefinido, y remitiendose por discordia à otros Jueces, pues éstos no pueden ser recusados sino por causas nacidas despues de la remision; (3) y en todos estos casos lo ha de jurar asi el recusante.

441 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos Señores Ministros por qualquier medio legal, y como uno de ellos por posiciones del recusado, las quales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido à su noticia despues de la conclusion, juran-

(1) Leyes 1. 2. y 19. tit. 10. lib 2. Recop.

(2) Auto 9. tit. 10. dicho lib. 2.

(3) Leyes 12. y 19. y ley, y auto finales tit. 10. lib. 2. Recop.

randolo asi, y depositando la pena correspondiente, y el recusado debe responder à ellas, no siendo criminosas; (1) y para probarlas por testigos, ù otro medio, es arbitrario el termino; pero no puede exceder de Puertos acá de quarenta dias, y de Puertos allá de sesenta; ni sobre cada pregunta admitirse, ni presentarse mas de seis testigos; ni tampoco despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada, ò notificada, se debe admitir recusacion. (2)

442 Es peremptorio, y corre no solo contra los mayores de veinte y cinco años, sino contra los menores, y demás privilegiados, à quienes compete el beneficio de restitucion, el termino para recusar à los Señores expresados, y probar las causas, pues para ello no gozan de él, y solo se les permite la justificacion de éstas por confesion del recusado. (3) Y se advierte que aunque algun tercero opositor salga à la causa, coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que éste, y asi la ha de tomar en el estado en que la halle. (4)

143 El que recusa, y no prueba causa legitima, si es al Presidente del Consejo, incurre en la pena de 120ℒ. maravedis; si à otro qualquiera Ministro de él, en la de 60ℒ; y si à Alcalde, ò Audiencia, en la de 30ℒ; y no dandose las causas por bastantes, en la de 6ℒ; (5) pero si es pobre, cumple con obligarse à su satisfaccion quando tubiere bienes; (6) y asi es menester gran cuidado en estas recusaciones, pues aun quando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena, (7) al modo que el que se aparta pasados tres meses, de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las mil y quinientas doblas; mas no, haciendolo dentro de ellos; (8) lo qual he visto practicar tambien en un recurso de

(1) Leyes 4. y 7. tit. 10. lib. 2. Recop.

(2) Ley 6. tit. y lib. dichos.

(3) Ley 10. del mismo tit. y lib.

(4) Ley 15. del propio tit. y lib.

(5) Ley 17. tit. dicho, y Cedula expedida en Madrid à 29. de Marzo de 1563.

(6) Ley 5. tit. y lib. cit.

(7) Ley 19. cap. fin. tit. 10. dicho lib.

(8) Ley 4. tit. 20. lib. 4. Recop.

de injusticia notoria, y governarse el Consejo por la misma regla, no obstante no haber ley que de ello trate, como en los de la de Segovia. Y si es el Fiscal Real, cumple el Receptor de penas de Camara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al Real Fisco. No me dilato mas en esta materia de recusaciones de Señores Ministros togados, por no ser preciso para el Escribano: el que apetezca mayor instruccion, asi acerca del modo de proceder en ellas, substanciarlas, y determinarlas, como de otras cosas concernientes, vea el tit. 10. lib. 2. Recop. y de los Autos acordados: à *Paz tom. 1. part. 6. §. unic. de Praxi recusandi, y à la Curia Philip. parte 1. §. 7. ex num. 17. al 31.* y en quanto à si los Fiscales de S. M. pueden ser, ó no recusados, y cómo, la *Cur. Philip. illustr. tom. 1. part. 1. §. 7. num. 13.* y à los que cita.

444 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de expresar la causa por qué se le recusa; pero no se le ha de quitar el conocimiento, è intervencion en el pleito, ni sus derechos, antes bien los Jueces ante quienes penda, le han de dar acompañado, al qual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento, y asistir à la vista del pleito, aunque nada haya trabajado en él; (1) y el pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla de malicia, y dejar al Relator en su buena fama, y opinion, sin embargo de que la ley no lo previene.

445 Para recusar al Escribano originario del pleito, no es menester probar, ni aun expresar causa, basta jurar no hacerlo de malicia, dejandole en su buena fama, y opinion, y pedir al Juez que le dé acompañado, pues sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, porque radica en su oficio, y en él debe subsistir; y lo que sin el acompañado practique, es nulo. (2) Pero éste no pue-

(1) Ley 18. tit. 10. lib. 2. Recop.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Partid. 3. glos. 9. vers. *Item nota quod notarius*: Avendañ. *in cap.* Prætor. part. 2. cap. 23. n. 13. Paz in Prax. annotat. ultim. de tabellion. n. 42. al 44.

puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al Juez que lo nombrase, (pues ninguna ley le permite proponerselo) es visto haber aprobado, y querido conformarse con el que eligiese, y respecto deberse presumir que en su eleccion procedió con imparcialidad, y justificacion, es preciso que para remover al electo, le haga ver el defecto que tiene, è ignoraba, pues de lo contrario le hace injuria, y no debe admitir la recusacion como voluntaria, maliciosa, y ofensiva al mismo Juez. Previniendo que si el Escribano originario está enfermo, ò ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleito, porque no está recusado; y à falta de los dos otro que nombre el Juez, porque con éste tampoco se entiende la recusacion.

446 Y para el de diligencias en los Pueblos en que los Reales actuan, (acerca de lo qual están silenciosos los autores, y las leyes) se ha de practicar la misma solemnidad, à excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no radica como para con el originario, que tiene oficio, y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleito. La práctica que en quanto à estos hay en esta Corte, es proponer el recusante tres al Juez, à fin de que de ellos elija el que quiera, el qual à veces elige uno, y à veces otro no propuesto à su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el adversario recusarle, ò à todos, excepto al que elija, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ò por recusacion general) à lo que defiere: y si recusa à todos los del Pueblo, excepto à los que propone, no se le admite, ni debe admitir la recusacion, por ser maliciosa, y asi elige el Juez uno de los recusados, y no propuestos.

447 ¿Pero dudan algunos si nombrando el Juez otro Escribano de los no propuestos en qualquiera de los casos referidos, ò de oficio *por vaga*, podrá ser, ò no recusado? A cuya duda respondo, que el nombrado de los no propuestos puede ser recusado sin causa, como tambien el que elige el Juez à su arbitrio, quando la parte que recu-

cusa al primero que entiende en el negocio dice que lo nombre; y las razones son la primera, porque si puede recusar al Juez, mucho mejor al Escribano que elija, pues en quanto à los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida le dé acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo. La segunda, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Y la tercera, porque el Juez en los pleitos es como un mediador con autoridad, y potestad para avenir à los litigantes sobre sus contiendas, y compelerles à ello en virtud de la sumision que hacen à su jurisdicion, la qual dura por lo mismo mientras no se apartan de la controversia, ò querella, por lo que no ha de usar de su oficio, ni proceder à elegir hasta ver si están, ò no conformes con el electo de los propuestos por el recusante, por no verificarse todavia discordia de ambos en esta parte. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y antes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque el Juez usa en este caso de su autoridad, y oficio de mediador, el que no pueden quitarle, ni limitarle los litigantes, ni impedirle su uso, una vez sujetos, y discordes, interin no cesen en el pleito; pues de lo contrario sería proceder à infinito, se eternizarian los pleitos, y se ocasionarian graves, è irreparables perjuicios à los que litigan de buena fé. Este es mi sentir, salvo, &c.

448 La parte que recusa al Escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque à su instancia trabaja, y los devenga, à lo qual le puede apremiar el Juez por embargo, y venta de bienes, ya sea antes, ò despues de visto, y sentenciado el pleito, (1) al modo que quando se recusa à los Relatores, lo manda la ley Real; (2) pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y donde versa ésta, debe obrar la pro-

(1) Acev. en la ley 1. n. 19. §. 6. al 23. tit. 16. lib. 4. Recop. Cur. Philip. part. 1. § 7. n. 33. Escobar de Furtat. part. 1. quæst. 6.

(2) Ley 18. tit. 10. lib. 2. Recop.

propia disposicion legal, y hacerse el mismo juicio, y asi se practica.

449 Para exterminar los perjuicios que se irrogaban à algunos contendores de suspender los Jueces el curso de los pleitos, quando S. M. ò alguno de sus Tribunales superiores por queja de los colitigantes les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderlo, porque lo prohiben la ley 9. y otras del tit. 14. lib. 4. Recop. se expidió Real Cedula en el Real Sitio del Pardo à 11. de Enero de 1770. à consulta del Consejo; y lo dispositivo, y preceptivo de ella dice: *Que los Tribunales, y Justicias del Reyno, asi ordinarias como comisionadas, ò limitadas à ciertas causas, ò personas procedan con arreglo à las expresadas leyes en la administracion de justicia à determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas, ò voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los Tribunales, y Jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas, ni provisiones, ni se admitan apelaciones, ò recursos que no sean conformes à derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan, y no se cumplan. Que quando se pida de mi Real orden algun informe sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiendose siempre sin retardacion, ni suspension de su curso, à menos que en algun caso particular tenga à bien mandar expresamente que se suspenda: encargando como encargo à todos los Tribunales, y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud, y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto à que se dirigen mis justificadas intenciones*: y asi se observa en esta Corte.

450 Con arreglo à esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias executivas, y éste dá traslado llano al acreedor, o acreedores, sin mandar al Juez *que suspenda, ò no innove, ò no le moleste* por cierto termino que señala, pues por este hecho es visto quiere que el Juez

Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea, y se entienda sin perjuicio del estado, y naturaleza de la causa, y su prosecucion; lo qual he visto declarado por el Consejo, y practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces, y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, mientras no se les mande expresamente.

§. XIII.

DE LA SENTENCIA DIFINITIVA, circunstancias que requiere para su validacion; si el Juez la podrá, ò no revocar, ò reformar; y termino para apelar de ella.

451 LA sentencia (genericamente hablando) es de dos maneras, *interlocutoria, y difinitiva.* Se llama interlocutoria la que el Juez profiere en el discurso del pleito entre su principio, y fin sobre algun incidente, y todos los autos preparatorios para la difinitiva; y asi no es propiamente sentencia. Y esta es la decision, ò determinacion, que con vista de todo lo alegado, y justificado por los litigantes, hace sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ò condenacion à la controversia que ante él suscitaron. (1)

452 Se llama asi de la voz, ò palabra Latina *sentiendo*, y de la Castellana *sentir*, porque el Juez declara, y decide segun lo que siente, y conceptúa. (2) Es la causa final de la intencion de los litigantes, porque ésta se dirige à conseguir por ella que se termine, y concluya su contienda. (3) Y debe proferirla, estando presentes éstos, ò

(1) Ley 1. tit. 22. Partid. 3. Abb. in Rubr. extra de judic. col. penult. Speculat. tit. de Sentent. proiat. §. 1. y §. 2. al princip. part. 2. glos. in Clementin. 1. verb. *Difinitiva.*

(2) Ley Sicuti, §. Sed si quæritur, ff. Si servitus vindicetur.

(3) Marant. part. 2. n. 32. al 36. y num. 46. y fin. Reinfestuel lib. 2. tit. 27. §. 1. n. 6. al 12.

ò citandolos para darla, dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 500. maravedis à la Real Camara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace; y de nulidad, si falta su presencia, ò citacion; (1) pero el cumulo de negocios especialmente en los lugares populosos imposibilita à los Jueces de sentenciar los pleitos en muchos meses, y asi tardan mas tiempo en proferirla.

453 Convienen la interlocutoria, y difinitiva en que por ambas se decide lo que tratan, y controvierten los contendores, y el Juez profiere segun el concepto, y juicio que forma por lo resultante de autos. Y se diferencian: lo primero, en que por la difinitiva se difine el negocio principal, ò lo que se dedujo principalmente en el juicio, condenando, ò absolviendo; (2) y en la interlocutoria nada se toca del negocio principal, sino solo de algun incidente, ò excepcion que se opone en el juicio, por lo que no se acaba la controversia. (3) Lo segundo, en que el Juez no puede revocar, ampliar, ni enmendar la difinitiva despues de publicada, porque ya hizo lo que le tocaba, se acabó su potestad, dejó de serlo, y espiró la jurisdicion, que para el conocimiento, y decision del negocio le prorrogaron los litigantes por su voluntaria sumision, (4) excepto en los casos que explicaré en el numero 481. y siguientes; pero la interlocutoria sí, en qualquiera parte del juicio antes de la difinitiva, porque para él nunca pasa à cosa juzgada; (5) à menos que la confirme, ò revoque el superior, pues entonces no puede. Lo tercero, en que la difinitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos, y otros nuevos; pero la interlocutoria no, pues se ha de determinar por lo que resulta justificado, y excepcionado ante el Juez inferior, sin que se admi-

(1) Ley 1. tit. 17. lib. 4. Recop. y ley final tit. 26. Partid. 3.

(2) Ley Præses, Cod de Sentent. y ley 1. ff. de Re judicat.

(3) Angel. consil. 114. y 115. Alex. in Rubr. ff. de Re judicat.

(4) Ley Judex posteaquam 55. ff. de Re judicat. y leyes 2. y 3. tit. 22. Partid. 3.

(5) Ley Quod jussit 14. ff. de Re judicat. y cap. Cum cessante, de appellation.

mita nueva prueba, ni otra cosa. (1) Lo quarto, en que para dar la sentencia difinitiva deben ser citadas precisamente las partes, y de faltar este requisito, es nula; pero para la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ò sea de mucha entidad, y pueda causar grave perjuicio. (2) Lo quinto, en que la difinitiva produce *accion in factum*; pero la interlocutoria que no tiene fuerza de tal, ninguna produce. Y lo sexto, en que en la difinitiva se requiere el orden judicial, que prescribe el derecho; pero en la mere interlocutoria no es preciso. Otras muchas diferencias recopila *Marant. parte 6. tit. de Sententia difinitiva, et interlocutoria num. 3. al* 23. y desde éste al 41. promueve, y examina trece questiones theoricas sobre si ciertas sentencias que refiere, son interlocutorias, ò difinitivas, cuya pericia no incumbe al Escribano, por lo que omito explicarlas.

454 La dificultad está en saber, y conocer quando la sentencia interlocutoria tiene, ò no fuerza de difinitiva, y quáles interlocutorias se pueden, ò no revocar, ò reformar por contrario imperio. Y para instrucion del Escribano digo que toda sentencia interlocutoria, que sobre lo que se profiere, no espera despues otra del mismo Juez, tiene fuerza de difinitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin, y termino à aquella instancia, ò incidente; v. g. la absolucion de la observancia del juicio: la en que se declara por desierta la apelacion: la en que se multa à alguno: aquella por la qual se acaba el oficio del Juez, v. g. quando se pronuncia incompetente: la que difine algun articulo substancial del negocio principal, v. g. quando uno de los litigantes pide restitucion porque dice ser menor, y el Juez declara que no lo es, pues por esta sentencia queda excluido de la restitucion pedida, y se decide este articulo substancial de la causa principal, ò quando

(1) Ley Per hanc, Cod. de tempor. appellation. leyes 3. 4. y 5. tit. 9. lib. 4. Recop. y Clementin. Appellanti, de appellation.

(2) Glos. in leg. Nec quicquam, §. Ubi decretum, ff. de Offic. Proconsul. et ibi Bart. Jason in leg. Diem proferre, in princip. ff. de Arbitr. & in leg. Recusare, ff. ad Trebellian. Reinfestuel ibi, n. 26. hasta el fin.

do se admite, ò excluye la excepcion peremptoria, ò el Juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las quales no puede obtener el que las intenta: ò quando por la sentencia interlocutoria se manda dar, ò hacer alguna cosa: y en otros casos semejantes. (1)

455 En quanto à si el *precepto* de *solvendo* se debe estimar por sentencia interlocutoria, ò difinitiva, para su inteligencia es de advertir, que si es dado sin conocimiento de causa, ò con clausula justificada, v. g. *pague, y si razon tubiere para no hacerlo, la deduzca*, &c. se le debe tener por interlocutoria, y compareciendo el llamado, se convierte en simple citacion; (2) pero si no comparece, y por esto se le acusa la rebeldía, queda firme el precepto. (3)

456 Y si el precepto se dá contra el confitente, se debe distinguir: si para darlo precedió libelo formal, litis contestacion, y forma de juicio, y el reo en el discurso de éste confesó; se debe tener por sentencia difinitiva, porque mas se adhiere, y semeja à ésta, que à la interlocutoria, y asi no se puede revocar. Si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, v. g. quando habiendo sido llamado el reo à presencia del Juez, confesó, y éste en vista de su confesion le manda que pague; es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que difine el principal negocio; pero respecto de se con conocimiento de causa, y tener por esto fuerza de sentencia difinitiva, no se puede re-

(1) Immol. Butr. et Abb. in cap. Cum cessante, de appellation. Bart. in leg. Quod jussit, ff. de Re judicat. et in leg. Nec quicquam, y §. Ubi decretum, cit. Alex. in dict. leg. Quod jussit. col. 7. vers. 12. et in leg. 5. col. 2. ff. de Verbor obligation. et in Rubr. ff. de Re judicat. al fin. glos. in Clementin. fin de appellation. & in Clementic. 1. de causa possession. et proprietat. Bald. in leg. 1. Cod. Quando provocare non est necesse, & in leg. Cum & minores, col. 2. Cod. Si adversus rem judicat, y ley Intra unius temporis, ff. de Minorib. Rem estud dicho titul. 27. y §. 1. n. 18. al 25.

(2) Bart. in leg. 1 Cod. de Exe cution. rei judicat. Alex. in leg. de Pupillo, § Eminisse, ff. de Oper. novi nunti. Jason in dict. leg. Nec quicquam, y §. Ubi decretum, col. 3.

(3) Marant. part. 6. titul. de Sentent. difinitiv. et interlocutor. n. 27.

revocar: lo que al contrario no habiendo precedido conocimiento de causa, (v. g. quando tiene clausula justificada) es revocable como qualquiera interlocutoria. (1)

457 La sentencia judicial debe ser conforme al libelo, ò demanda en tres cosas, que son: *albaja*, ò cosa, *causa*, *y accion*; arreglada à derecho, y buenas costumbres, y no proferida contra el claro, è indubitado, ni exceder de lo pedido; y de lo contrario es nula *ipso jure*, aunque de ella no se apele. Ha de recaer sobre cosa cierta, bien que puede remitirse à los autos, si en ellos consta: y si es sobre cantidad iliquida, debe mandar el Juez que se liquíde, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes antes de executar la sentencia, como sucede en las de condenacion à dar cuentas, restituir herencias, y otras semejantes, y en los juicios universales. (2)

458 Si hay condenacion de frutos, ò intereses, debe tasarlos el Juez en la sentencia, y no remitirlo à contadores, porque está prohíbido; (3) y si ésta es condenatoria en parte, y en parte absolutoria, debe especificar las razones de esta diferencia: (4) bien que hoy regularmente no fundan muchos Jueces sus sentencias por evitar siniestras, y violentas interpretaciones, y solo se remiten genericamente à lo resultante de autos, sin mencionar especificamente cosa alguna de ellos.

459 Quatro causas principales deben concurrir en la sentencia para su validacion, à saber: *eficiente*, *material*, *formal*, *y final*: la eficiente se reduce lo primero, à que contenga el nombre del Juez, porque éste es la causa eficiente que compone la sentencia, y le dá el ser; lo qual se observa en los Juzgados de esta Corte, pues entra el Juez

(1) Reinfestuel ibi, n. 23. Marant. ibi, n. 28. 42. y 45.

(2) Ley Si cum inter te, Cod. Quando provocare non est necesse, ley Si expressum, ff. de Appellation. y leyes 3. y 4. Cod. de Sentent. quæ sine certa quantitat. §. Curare, Institut. de action. capit. 1. de Sentent. et re judicat. y leyes 1. y 16. tit. 22. Partid. 3. Scacia de Sentent. cap. 1. glos. 14. quæst. 15. et de appellat. quæst. 17. limit. 9. n. 24.

(3) Ley 52. tit. 5. lib. 2. y ley 10. tit. 9. lib. 3. Recop.

(4) Cap. Cum tibi, et ibi Bald. not. 4. Extra, de præscript. Paz tom. y part. 1. temp. 11. n. 24.

Juez hablando, firma la sentencia, y el Escribano con él, y no hay pronunciamiento; lo que al contrario en muchos de fuera, en los quales no se estila expresar en ella quien la dá, y por eso el Escribano la lee en su Audiencia ante testigos, pone à su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él por quién es dada, y en qué dia, y lo firma. Lo segundo, que se exprese si es ordinario, ò delegado, pues si ignora el fundamento de su potestad, no valdrá. Lo tercero, que no sea mudo, sordo, furioso, ni tenga otra prohibicion legal. Lo quarto, que esté sentado *pro tribunali.* Y lo quinto, que la dé por escrito, y la lea por sí mismo à las partes; (1) pero esto ultimo no se acostumbra, y asi la entrega al Escribano, el qual se la notifica: al modo que por derecho comun, y canonico (2) se permite à los Obispos, y personas ilustres por la prerrogativa de su dignidad, que la hagan saber por medio de otro.

460 La causa material es el libelo apto producido en juicio, y todo el proceso que à consequencia de él se fabrica, y sirve de materia para la sentencia, del qual se debe hacer mencion en ésta porque se refiere à él, y por lo que de él resulta se profiere; por lo que si falta el conocimiento, è inspeccion del proceso, no vale la sentencia, pues el Juez debe darla segun lo alegado y probado, y conforme al libelo, sin exceder; y asi, no habiendo proceso, que es la materia, no puede haber sentencia, porque de la nada nada se puede hacer.

461 Lo qual se limita quando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por no ser conforme al libelo; v. g. quando se pidió una cosa, y se probó otra, pues recae la sentencia sobre la materia que nació pendiente el juicio, porque esta clausula es mas amplia, y tiene mas vigor que la de que se proceda *sumaria*, *simplemente*, *y de plano*, se apar-

(1) Marant. de Sentent. difinit. & interlocutor. vers. *Secundo principaliter quæro*: n. 47. al 57.

(2) Ley 2. Cod. de Sentent. ex brevicul. recitand. y cap. ultim. de Sentent. et re judicat. in 6. Reinfestuel dicho tit. 27. §. 2. n. 57. al 63.

aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo, y se juzga comisionado el Juez para proceder con mano Real como si fuera la Real persona, que no está obligada à observar el orden judicial, ni sujeta à las leyes positivas en lo coactivo. (1) Pero si el libelo es inepto, no sirve la sentencia; y lo propio milita con el proceso, excepto en las causas sumarias en que no se observa estrictamente el orden, y solemnidades judiciales. (2)

462 La causa formal se puede considerar de tres maneras, à saber: respecto del Juez, de los litigantes, y de la misma sentencia: respecto del Juez se debe mirar lo primero, que la profiera en el lugar que debe, y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, à menos que las partes lo consientan; bien que el delegado no siendolo para todas causas, el arbitro, y el de apelacion, pueden darla en qualquiera parte honesta; y lo mismo procede en las en que se procede de plano; en las de jurisdicion voluntaria; y en todos los actos que conciernen à la ordenacion del pleito. Lo segundo, el tiempo, pues no debe darla en el prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente la dilacion, ò termino concedido; ni tampoco sin presencia, ò citacion de las partes, à menos que proceda de oficio, ò que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande el Juez practicar alguna cosa, pues no es necesaria nueva citacion despues de practicada, para dar la sentencia. Y lo tercero, que sea competente, no dude de su potestad, ni proceda despues de admitida la apelacion, ò de inhibido del conocimiento por el superior; y que no tenga impedimento, ni prohibicion legal de juzgar. Respecto de los litigantes es, que se nominen en la sentencia, sean habiles para comparecer en juicio, ò tengan defensor legitimo que por ellos comparezca, y que estén vivos.

(1) Cap. Ad petitionem, 22. de accusation. Reinfestuel dicho lib. 2. y. tit. 27. §. 3. n. 81. y 82. Barbos. claus. 173. n. 2. Jason in leg. Certi conditio, §. Si numos, n. 32. y 33. ff. de Reb. credit. si cert. petat. Abb. in cap. Nostra, n. 8. de Sepult. Marant. part. 4. distinct. 9. n. 32.

(2) Marant. part. 6. de Sentent. difinit. n. 58. al 69.

vos. Y respecto de la misma sentencia, que esté escrita antes de publicarse; que no sea notoriamente injusta; ni falsa la causa en que se funda; ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada; ni incierta; ni se exprese en ella persona, cuyas facultades para litigar no constan en el proceso; ni contenga error manifiesto, ni otros vicios que la anulen *ipso jure*; ni la falten tampoco los demás requisitos por derecho prescriptos para su validacion. (1)

463 Y la causa final es, que la sentencia contenga las palabras *condeno*, ò *absuelvo*, ù otras equivalentes decisivas, y no ambiguas, porque este es el fin à que aspiran los litigantes, para cuya consecucion comparecen ante el Juez, y le eligen, y adoptan por mediador imparcial en su controversia: (2) pues si la sentencia está obscura, y confusa, se puede pedir al Juez que la declare, y hasta que lo haga no corre el termino de apelar de ella, una vez que se pida dentro de él la declaracion, porque no es sentencia sino confusion.

464 Para dar la sentencia deben los Jueces inferiores ver, y examinar por sí propios los autos à presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos, (3) como sentè en el num. 276; y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte, que como Jueces ordinarios conocen de lo civil, pues les está prohibido tener Relatores, pena de cinco mil maravedis, y destierro de un año al Relator por cada vez que se la hiciere: (4) bien que sin embargo de esta prohibicion se acostumbra en los juzgados de esta Corte no solo hacer relacion los Escribanos, sino pedir las partes se les comunique el apuntamiento, ò memorial ajustado con los autos, à fin de ver si está conforme, y no estandolo, hacer que se enmiende, adicione, ò coloquen los hechos como deben estar para su mas clara percepcion, y asistir sus Abogados à la vista para informar verbalmente à los Jueces del derecho de ellas, è illustrarlos con

(1) Reinfestuel dicho tit. 27. y §. 3. per tot. Marant. part. 6. y tit. proxime cit. n. 70. al 121.

(2) Marant. ibi, n. 122. al 127.

(3) Ley 17. tit. 17. lib. 2. y ley 6. tit 9 lib. 4. Recop.

(4) Ley 4. tit. 8. lib. 2. Recop.

con las leyes, y doctrinas que juegan en el asunto; y aun algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 4. tit. 16. lib. 2. Recop. observando en estos papeles, ò informaciones en derecho (que no se unen à los autos, ni se comunican à las partes por no ser del proceso) lo que previenen la ley final, y Autos 4. 7. y 11. del mismo tit. y lib. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniendolo todo presente, no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren, pues de otro modo serian interminables.

465 En el juzgar deben los Jueces superiores, è inferiores asi en primera, como en segunda, y tercera instancia, mirar, y atender à la verdad, y no detenerse en las solemnidades, y sutilezas prescriptas por derecho para el orden de enjuiciar: de suerte, que constando justificado el hecho, aunque falten las solemnidades del orden del juicio (con tal que no sean las substanciales, v. g. la citacion, prueba, &c.) pueden, y deben determinar el pleito conforme à la verdad que resulte probada segun el libelo, ò accion intentada, y será válida la sentencia; pero si alguna de las partes declara las cosas que son de substancia del juicio; pide que la otra las guarde, ò jure de calumnia; el Juez se lo manda dos veces, y no quiere: y sin embargo procede à dar la sentencia; entonces, à mas de ser nula ésta, debe pagar el Juez las costas. (1) Lo mismo procede aunque el actor ponga la demanda por una causa, y pruebe otra diversa, porque esta diversidad no muda la accion. (2)

466 Dudando justamente el Juez inferior de la sentencia que ha de dar, por ser iguales las pruebas de las partes, debe acon sejarse de hombres literatos, imparciales, y de buena fama, electos con aprobacion de ellas, y si no disuelven su duda, puede remitir la causa al superior, citan-

(1) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(2) Fontanel. decis 114. Sr. Valenzuel. consil. 11. n. 16. Scac. de Sentent. glos. 14. quæst. 23. Vela disseit. 15. n 80. y disert. 42. n. 66. Parlador. lib. 2. cap. 10. n. 3. y 4.

tandolas à este efecto, y no de otra suerte; (1) mas no mandarlas que comprometan el negocio en sus manos; (2) y la remision debe ser, no de los autos originales (à menos que intervenga precepto superior) sino por compulsa, la qual, y los demás gastos que ocurran en este caso, deben pagar las partes por mitad, (3) lo que al contrario quando se apela, pues el apelante debe satisfacerlos integramente, porque à su instancia se causan; pero despues de remitida no le está prohibido sentenciarla, por lo que valdrá la sentencia arreglada que dé antes que el superior responda. (4)

467 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se profiera; (5) y si la que prueba, es diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia, es nula: (6) bien que basta que el actor tenga la accion, y dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no lo haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta; (7) pero no se deben admitir probanzas, y defensas inconducentes à la accion propuesta. (8) Y no debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio, sino de la demanda, y entrega de la

(1) Ley 11. tit. 22. Partid. 3. y cap. Intimasti, de appellation.

(2) Ley 13. tit. 5. lib. 2. Recop.

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Partid. 3. glos. 4. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Barbos. vot. 126. n. 152. y sig. Gracian. discept. 55. n. 44.

(4) Ley 1. §. Quæsitum, ff. de Appellation. Sr. Greg. Lop. en la 11. tit. 22. Partid. 3. glos. 6.

(5) §. Si quis aliud pro alio, Institut. de action. Sr. Salg. de Retent. part. 2. cap. 8. n. 11. Vela dissert. 33. n. 71. DD. in cap. unic. de Plus petition.

(6) Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 101. Sr. Greg Lop. en la ley 9. tit. 22. Partid. 3. glos 4. Sr. Salg. Labir. part. 3. cap. 1. n. 30.

(7) Sr. Crespi observat. 32. Sr. Salg. ubi proxime, y part. 1. de Retent. cap. 2. n. 79. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 6. quæst. 9. n. 28.

(8) Ley Qui habebat, ff. de Institor. action. cap. Abbate sanè, de Sentent. et re judic. in 6. Barbos. vot. 126. n. 207. Pedro Barbos. en la ley 23. ff. de Judic. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. n. 30.

la cosa que en ella se le pide; lo qual se entiende ya pruebe, ò no el actor, por lo que éste no puede bolver à suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho. (1)

468 Todo litigante temerario, ò que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó à su contendor, pidiendolas éste. Y se entiende, y estima no tenerla, quando la demanda es inepta, ò el actor no la probó, ò el reo sus excepciones, ò puso alguna maliciosamente, ò fue contumáz, y por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos à lo menos, aunque éstos sean luego tachados, no debe pagarlas. (2)

469 Tampoco debe pagarlas quando tubo justa causa, aunque el reo sea condenado en lo principal, ò absuelto; ni quando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia, porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente: lo qual se entiende, à menos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se elide, y desvanece la presuncion de buena fé, que el juramento induce à su favor, y queda en su fuerza, y vigor la malicia, è injusta causa de haber litigado, por lo que se le ha de condenar, y apremiar à su solucion, tasandolas el Juez. (3)

470 Pero si el litigante temerario es pobre, no debe estár preso, ni tomarsele sus vestidos, ni ser compelido à dar fiador por el importe de las costas, ni por el de los derechos que en defenderse devengue, ni pagarse éstos de las limosnas que se hacen à los presos; (4) y es suficiente que lo haga constar con informacion de fuera aparte, dando un testigo habil, y fidedigno en la Audiencia, ò Juzgado en que el pleito se sigue, que concluya de su pobreza, con tal que lo reciba el Escribano de la causa:

(1) Leyes 24. y 43. tit. 2. y ley 1. tit. 14. Partid. 3. Bobadill. lib. 5. Polit. cap. 3. n. 132. y sig. Cur. Philip. part. 1. §. 18. n. 8.

(2) Leyes 39. tit. 2. y 8. tit. 22. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ambas glos. 3. Sr. Valenz. consil. 50. Fontanel. decis. 95. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 134.

(3) Ley 8. tit. 22. Partid. 3. et ibi glos. 2. y 3. y ley 3. tit. 22. lib. 4. Recop.

(4) Leyes 20. y 23. titul. 12. lib. 1. Recop.

sa: (1) de modo que se llama pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar; y para que se le declare por tal, basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante qualquier Juez, y practíque despues lo que queda explicado, sin ser rigorosamente necesario que la dé ante el de la causa; pero hasta que esté declarado no se le debe tener por pobre, y asi ha de pagar los derechos de la informacion, y demás que ocurran, y si obtiene en el juicio deberá satisfacer despues de las cantidades que perciba, los letigimos, al modo que si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entonces, porque ya tiene con que pagar.

471 Si el Juez no hace condenacion de costas habiendo se pedido, y el vencido apeló, no es necesario que apele el vencedor de la omision, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adheriendose à la apelacion, para cuya adhesion no hay termino señalado; y sino apeló, puede apelar en derechura de ella, ò de aquello à que el Juez no defirió. Lo propio debe practicar por las que se le deben por derecho de accion; v. g. por contrato: de lo qual trata elegantemente el Señor Covarrubias. (2)

472 Piden muchas veces los litigantes que el Juez reponga, ò revoque, y reforme por contrario imperio, ò como mas haya lugar, sus autos, y sentencias. Y para que el Escribano sepa quales puede, ò no revocar, ò reformar, digo que siendo *mere interlocutorias*, (que se llaman asi las que profiere en el progreso del juicio, son preparatorias para él, y esperan otra despues,) puede, y debe hacerlo con causa justa; pero siendo difinitivas, ò de las que tienen fuerza de tales, no solo no puede reformarlas, ni revocarlas una vez publicadas, y notificadas à las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adiccionar en cosa alguna; y lo propio milita con las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las difinitivas por haber espirado sus facultades, y aca-

(1) Ley 25. dicho tit. y lib. Et præcipue in num. 5.
(2) Sr. Covar. Pract. cap. 27.

acabadose en aquel juicio su oficio; pero sí declararlas à instancia de alguno de los contendores en lo que estén obscuras, (1) cuya declaracion se debe pedir antes que espire el termino de apelar, y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empieze à correr; y asi se practíca. Y se previene que el Juez puede ir à defender su sentencia al Tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello. (2)

473 Si en la sentencia difinitiva no hizo el Juez mencion de los frutos, y rentas de la cosa litigiosa, sino solo de ésta; ò no condenó en las costas (debiendo) à la parte vencida; ò juzgó sobre estas cosas mas, ò menos que lo que por derecho debia, puede enmendar, y enderezar su sentencia dentro del dia de su prolacion, y no despues. (3) Lo mismo puede practicar quando condenó en multa, ò pena pecuniaria à alguno que es pobre, pues la ley le concede potestad de moderarla, ò por piedad quitarsela, si quisiere, especialmente si está aplicada al fisco. (4)

474 La sentencia difinitiva se debe intimar, ò notificar à ambas partes, aunque una sola venza, y si se defienden por Procuradores, à éstos, y entregarseles copia de ella, y de otra qualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su Abogado, vean si les es, ò no gravosa, y han de apelar, ò no de ella, pues à este efecto se les hace saber; y sin embargo de que los Procuradores respondan que se haga saber à sus partes en persona, (como muchas veces lo practican, por diferir, y ocasionar gastos à las contrarias) no debe el Escribano admitirles esta respuesta, porque por la contestacion, y uso de su poder se constituyen dueños de la instancia, como

(1) Leyes 2. y 3. tit. 22. Partid. 3. y ley Judex postea quam, ff. de Re judicat. cap. In litteris, de Offic. delegat. Marant. part. 6. tit. de Sentent. interlocutor. n. 37. 38. y 46. Fragos. de Regimin. reipublic. part. 3. lib. 4. disp. 10. §. 4. Sr. Salg. de Reg. protect. part. 1. cap. 5. num. 20. y sig. y part. 4. cap. 2. n. 130. Sr. Valenzuel. consil. 40. n. 48. y consil. 73. n. 31.

(2) Ley 13. tit. 16. lib. 2. Recop.

(3) Ley 3. tit. 22. Partid. 3. verb. *Pero si el juzgador*

(4) Ley 4. tit. 22. Partid. dicha.

mo queda advertido en el numero 220; y por lo propio hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su execucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran, à menos que conste en autos la revocacion del poder, pues entonces se han de practicar con la parte, para evitar nulidad por la carencia de facultades; pero la execucion de la sentencia se ha de entender con las mismas partes en persona, porque de éstas, y no del Procurador, ò Apoderado depende su cumplimiento como obligadas à él.

475 Notificada la sentencia difinitiva, ò interlocutoria à las partes, ò à sus Procuradores, ò Apoderados, si la vencida no apela dentro del termino legal, puede ocurrir la vencedora al mismo Juez, expresando ser pasado el de la ley, y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve à pura, y debida execucion: à cuya pretension debe proveer este auto: *Por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*, y si dentro de tres dias siguientes al de la ultima citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir à la declaracion à la primera audiencia, condenando à los litigantes à que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; cuyo auto se debe hacer saber tambien à los Procuradores, para que sepan que no tienen recurso, por ser visto haberla consentido; y si entonces responden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta, y como que éstas son las que han de cumplir, se las notifica la sentencia, y auto de declaracion, à fin de que la observen, y cumplan, porque el cumplimiento es acto personalisimo que debe practicar el mismo interesado, y llegado este caso cesaron las facultades del Procurador por el hecho de haberse concluido el seguimiento de la instancia.

476 El termino para apelar de auto, ò sentencia los mayores de 25. años es el de cinco dias en el fuero secular, segun lo ordena la ley 1. tit. 18. lib. 4. Recop. ibi: *Porque à las veces los Alcaldes, y Jueces agravian à las partes en los juicios que dán: manda nos que quando el Alcalde, ò Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado,*

si

si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tubiere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia, ò recibió el agravio, y viniere à su noticia; y si asi no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, ò mandamiento quede firme: y al fin dice: *y en el dicho dia quinto mandamos que sea contado el dia en que fuere dada la sentencia, ò hecho el agravio.* Los quales se cuentan desde el de su intimacion, que es desde quando viene judicialmente à su noticia; y aunque en algunos Juzgados de esta Corte amplian los cinco dias à nueve, ò diez, no se debe seguir, antes sí abolir un abuso, y corruptela, no por todos observado por carecer de potestad para esta ampliacion opuesta à la ley. En el fuero Eclesiastico se conceden diez dias para interponer la apelacion de sentencia difinitiva; (1) pero de la interlocutoria no se debe admitir, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ò contenga gravamen irreparable por esta; (2) y lo mismo procede en el secular, (3) à menos que sea sobre declinatoria, recusacion del Juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ò sobre excepcion peremptoria (4) pues entonces há lugar tambien. De la sentencia de los arbitros que debe executar el Juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdicion, se puede apelar, ò pedir reducion à alvedrío de buen varon dentro de diez dias bajo la fianza que previene la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y pasados, queda firme. (5)

477 Si el agraviado apela, y se le admite la apelacion lisa, y llanamente, ò en ambos efectos, y no presenta la mejora, y despacho del Juez de alzadas, ò del Tribunal superior dentro del termino competente segun la distancia, puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acu-

(1) Cap. Quod ad consultationem, 5. y cap. Cum inter 13. de Sentent et re judicat. y Canon. Anteriorum 2. quæst. 6. Reinfestuel lib. 2. tit. 27. §. 4. n. 107.

(2) Concil. Trident. Sess. 13. de Reformation. cap. 1. al fin. y Sess. 24. eod. tit. cap. 20. al princ.

(3) Ley 13. tit. 23. Partid. 3. verb. *Mas de otro Mandamiento*: ley 3. tit. 18. lib. 4. Recop. y ley 5. tit. 6. lib. 7.

(4) Dicha ley 3. tit. 18. lib. 4. Rec.

(5) Ley final. tit. 4. Partid. 3. et ibi glos. 1. Cur. Philip. part. 5. §. 1. num. 16. al fin.

acudir ante el superior à sacar *ahixatoria*, ò contra mejora; ò ante el inferior, pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, ò auto apelado, cuyo termino no señalandoselo el Juez, es de 40. dias, si hubiere de seguirse la apelacion de Puertos allá; de 15, de Puertos acá; y de tres, estando el Juez de alzadas, ò Tribunal superior en el Pueblo del juicio; y los mismos terminos tiene para quejarse del Juez, sino le admite la apelacion siendo admisible; y pasados, queda firme el juicio. (1) Si acude ante el inferior, debe mandar al apelante que presente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto termino que le prefina; cuyo auto se debe hacer saber à su Procurador. Si pasado el termino concedido, no cumple, le acusa la rebeldía la otra parte insistiendo en su pretension, y el Juez la há por acusada, y manda que dentro de tercero dia cumpla con lo proveído en el auto anterior. Hecho saber, y pasados los tres dias, le acusa segunda rebeldía, y el Juez manda que dentro de segundo dia evaque lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Y si en este termino tampoco cumple, le acusa la tercera rebeldía, bolviendo à insistir en su pretension, y el Juez la há por acusada, llama los autos citadas las partes, y pasados tres dias despues de las citaciones, defiere à su solicitud, mandando al Escribano originario le dé testimonio con la relacion competente, è insercion de la sentencia, auto de su declaracion, y demás insertos conducentes, con el qual pide su execucion, y se hace pieza separada, ò si no, se sigue à consequencia, y continuacion de los autos primitivos, sin necesidad de sacar testimonio pues no la hay. Esta es la práctica que aprendí, y previenen el *Sr. Salg. de Regia protect. part.* 3. *cap.* 18. *num.* 77. *Rodrig. de Executiv. cap.* 1. *num.* 6. *al* 8. y otros, pues no se debe declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa, y citacion de parte, porque ésta puede hacer constar que tubo justo impedimento para no haber presentado las di-

li-

(1) Leyes 2. y 15. tit. 18. lib. 4. Recop.

ligencias practicadas en su prosecucion, y asi se debe observar.

478 Conteniendo la sentencia diversos particulares, ò capitulos, se puede apelar de ella en el todo, ò de alguno, ò algunos solamente segun el agravio, ò agravios que irrogue al apelante: (1) y si las partes dudan, ò no entienden la sentencia, y piden al Juez que la declare en lo que esté ambigua, y de la declaracion que haga, se irroga perjuicio à alguna, tambien puede apelar. (2) Pero ya se confirme, ò revoque en quanto à los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada por lo tocante à los que no se apelaron, porque para con éstos lo está por la ley, y es visto haberlos consentido ambas partes, y asi queda firme, y no se le debe ya admitir apelacion sobre ellos.

479 Sucede algunas veces en esta Corte que despues de todo lo expuesto presenta la parte apelante el despacho, ò mejora: y otras no apela ante el Juez inferior, y acude al superior presentandose en grado de apelacion. De cuyos casos en el primero queda sin efecto la declaracion del Juez hasta que el superior como que procede atendida la verdad, revoca, ò confirma, al qual debe remitir los autos; y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitirselos, y no proceder *ad ulteriora*, y en ambos casos vale la confirmacion, ò revocacion del superior. Y para evitar las dilaciones, y perjuicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefine el Consejo en uno, y otro caso seis dias de termino contados desde la fecha de su decreto, à fin de que en ellos presenten evacuada la mejora en el oficio originario, y manda al Juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como halláre por derecho, à cuyo efecto declara por desierta la apelacion; con lo qual no se descuidan.

La

(1) ley 14. tit. 23. Partid. 3. ley Appellanti, ff. de Appellation. ley Etiam, §. Ex causa, ff. de Minorib. y cap. Raynaldus, de testam. & ibi Abb.

(2) Ley 15. tit. 23. Partid. 3. y ley Ab executore, ff. de Appellation.

480 La apelacion surte regularmente dos efectos, el uno *suspensivo*, porque suspende la jurisdicion del Juez *à quò* (que es el inferior) respecto del futuro evento, pues asi como puede confirmarse, puede tambien revocarse su sentencia, y la extingue respecto del presente, porque le ata las manos para que no pueda proceder mientras está pendiente, y si la sentencia se revoca, queda extinta para siempre en aquel negocio; y el otro *debolutivo*, porque debuelve el conocimiento de la causa al superior, aunque sea en las en que está prohibida la apelacion: (1) y el Escribano originario ha de poner en el testimonio de ésta la expresion de si la causa es civil, ò criminal, relacion de la demanda, su cantidad, y reconvencion, si la hubiere, y cantidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda, y apelacion: y en las causas criminales à mas de la relacion expresada, ha de referir si el reo está preso ò no, pena de suspension de oficio por dos meses; (2) lo que tendrá presente para no incurrir en ella.

481 Para que el Escribano sepa lo que es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y sus efectos, debo advertirle que se llama *cosa juzgada* aquella sobre que recayó absolucion, ò condenacion, y fue proferida en contradictorio juicio, oídas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor, y autoridad de tal; pero pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada se entiende quando lo recibió, y tomó irrevocablemente, por haberse consentido expresamente; ò por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla: ò si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta; ò se declaró ésta por desierta, por lo que se estima por verdadera, y justa la sentencia: (3) y asi es de tanta fuerza, que aquel contra quien fue dada, sus legitimos herederos, el Juez que la profirió, y sus succesores deben observarla, y no contra-

ve-

(1) Paz tom. 2. part 5. in Proem. cap. 12. y 13. Cur. Philip. part. 5. §. 1. n. 19.

(2) Ley 10. tit. 18. lib. 4. Recop.

(3) Ley Res judicata, ff. de Regul. jur. y ley 32. al fin, tit. ultim. Partid. 7. Authent. Qui appellat, Cod. de Tempor. appellation.

venirla, aun quando contenga error de calculo, si provino de los litigantes, y no del Juez; ò el agraviado si no apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos, y tales que si el Juez los hubiera tenido presentes, hubiera determinado lo contrario; (1) por lo que produce accion *in factum*, que hoy dura veinte años, dentro de los quales el que la obtuvo, ò quien le succeda, pueden demandar la alhaja litigiosa, (2) y pasados, prescribe, porque la accion personal, y la executoria dada sobre ella, prescriben por ellos; (3) y como dicen los Autores, (4) hace negro lo blanco, verdadero lo falso; dá ser à lo que no lo tiene; y no solo no se puede revocar por la ulterior apelacion, rescindir, ni bolverse à ver, sino que antes bien debe executarse; y produce otros varios efectos que explican *Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 27. §§. 4. y. 5.* y los que cita: previniendo que si la cosa litigiosa es mueble, ò raíz, puede el Juez executar su sentencia dentro de tercero dia, y si es dinero, dentro de diez, ya sea confirmada, ò pasada en autoridad de cosa juzgada. (5)

482 Sin embargo de lo que queda sentado en el numero inmediato, asi como toda regla general padece su excepcion, la qual hace regla en contrario: asi tambien hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede rescindir, y revocar, porque no adquirió el vigor, y autoridad de tal. El primero, quando el que fue condenado en ella halló posteriormente nuevos instrumentos; pues aunque sea mayor de 25. años, puede pretender se rescinda por via de restitucion, la qual le compete por la clausula general: *si qua mihi alia causa justa esse videbitur*, y debe deferirse à ella por la ignorancia, y legitimo impedimento que tubo para no haberlos producido. (6) El se-

(1) Ley 19. tit. 22. Partid. 3.

(2) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 19. glos. 12.

(3) Ley 63. de Toro.

(4) Abb. in Rubr. extra de judic. Marant. part. 6. tit. de Sentent. difinit. et interlocutor. numer. 129.

(5) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recopil.

(6) Ley. 1. §. Si quis propter, ff. de Itinere, ley Pantonius, ff. de Acquirend. hæred. y ley 1. y todo el tit. ff. Ex quibus causis majores. Sr. Greg. Lop. en la 19. tit. 22. Partid. 3. glos. 9.

segundo, quando se profirió la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contendor, y luego por los instrumentos que halló, acredita que éste se perjuró, y justifica su intencion. (1) El tercero, quando fue dada por consejo de algun Doctor, ò Jurisperito, pues puede revocarse por el de otro mas recto. (2) El quarto, quando lo fue por expertos, ò peritos, à menos que fuesen electos de unanime consentimiento de ambos contendores. (3) El quinto, quando se profirió solamente por presuncion de derecho, ò por pruebas presuntivas, v. g. las privilegiadas. (4) El sexto, quando se dió en virtud del dicho de testigos que depusieron de credulidad. (5) El septimo, en las causas matrimoniales en que se declaró haber matrimonio, ò que fue ilicito; si hubo error en la declaracion, ò el Juez no fue el legitimo diocesano que debió conocer. (6) El octavo, quando se profirió sobre la edad por solo el aspecto, porque es prueba presuntiva. (7) El noveno, quando se dió sobre la excepcion, por la que se declaró tener, ò no bienes el deudor. (8) El decimo, quando el que obtuvo la sentencia, confiesa que es iniqua, pues la presuncion de derecho que tenia à su favor, cesa por su confesion. (9) El undecimo, quando se dió por pruebas fal-

(1) Ley 15. tit. 11. y leyes 13. y 19. tit. 22. Partid. 3.

(2) Roman. consil. 228. Butr. in cap. Proposuisti, de probation. Alex. in leg. Si ab hostibus, ff. Solut. matrimon. et in cap. Intimasti, al fin, de appellation.

(3) Felin. in dict. cap. Proposuisti, col. penult. vers. 4. Alex. in leg. cit. Philip. in cap. Cum cessante, et in cap. Intimasti, de appellation. Jason in repetit. leg. Admonendi, col. 22.

(4) Ley Si quis adulteri, Cod. de Adulter. Felin. in cap. Proposuisti, cit.

(5) Butr. in dict. cap. Proposuisti. Jason in Rubr. de jurejurand. col. fin.

(6) Ley 19. tit. 22. Partid. 3. cap. Consanguinei, y cap. Tenor. de re judicat. et ibi Abb. et Felin.

(7) Bald. in leg. Si minorem, Cod. de In integrum restit. Bart. in leg. Minor. 25. ann. et in leg. de Ætate, ff. de Minorib.

(8) Bald. in leg. 2. col. 2. circa fin. Cod. Quando fiscus, vel privatus.

(9) Inocenc. in cap. Quia plerique, col. 1. de Immunitat. Eccles. Butr. in cap. Is qui fidem, de Sponsalib. Jason in dict. leg. Admonendi, col. 24. vers. *Ego inter alios.*

falsas de testigos, ò instrumentos, y no se alegó, ni conoció de la falsedad; en cuyo caso el agraviado ha de pedir al mismo Juez por via de restitucion, que rescinda su sentencia, citando à la parte adversa, lo qual debe hacer, si prueba la falsedad en legal forma; y para alegarla, y probarla le concede la ley veinte años, y no mas. (1) El duodecimo, quando de su observancia se irroga perjuicio al alma. (2) El decimotercio, quando la causa porque se profirió, se convierte en no causa; v. g. si se condena à alguno à la satisfaccion del valor de la alhaja que le prestaron, y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso éste debe bolver el precio que recibió, al commodatario, el qual si no la satisfizo, no está obligado à su entrega. (3) El decimoquarto, quando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el Juez con dádivas, ò súplicas, ò porque amaba nimiamente, ò temia al colitigante; si se justifica que por alguno de estos motivos juzgó iniquamente. (4) El decimoquinto, en las causas beneficiales, pues solo para con las partes pasa en cosa juzgada, mas no en perjuicio del superior. (5) El decimosexto, siendo la sentencia de excomunion mayor, interdictos, y censuras eclesiasticas, por el peligro del alma; pero esto se entiende en quanto à la utilidad pública, mas no à la privada. (6) El decimoseptimo, quando se dió contra el Rey, ò su Procurador, y éste, ù otro cometió dolo para ello, pues en qualquier tiempo se puede pedir la revocacion. (7) El decimooctavo, quando la sentencia es tal que de su tenor, ò por vista ocular, ò evidencia del hecho apa-

(1) Leyes 15. tit. 11.: 116. tit. 18.: 13. y 19. tit. 22.: y 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

(2) Glos. fin. in cap. Monasterium, de re judicat. Jason. in dict. leg. Admonendi, col. 25.

(3) Ley 19. tit. 22. Partid. 3.

(4) Leyes 13. y 24. al fin. tit. 22. Partid. 3. Speculat. tit. de Judic. delegat. §. Superest: vers. Item si sit inimicus, col. penult.

(5) Cap. Cum Bertolus de Re judicat. glos. et Abb. in cap. 1. de Concess. præbend. cap. Cum dilectus, de election. y cap. Cum audientiam, de rescript.

(6) Cap. ad Reprimendam, de offic. ordin. cap. Sacro, de sentent. excomunication. y cap. Venerabilius, eod. tit. in 6. Abb. in cap. Consanguinei, col. penult. de Re judicat.

(7) Dicha ley 19. tit. 22. Partid. 3.

aparece su iniquidad. (1) Y por ultimo, todas las sentencias nulas de que en el §. siguiente trataré, se pueden rescindir, y revocar dentro de treinta años, segun el derecho de las Partidas, porque no se elevan à la esfera de cosa juzgada, ni adquieren su vigor, y autoridad; y si corre peligro del alma, se puede pedir perpetuamente su revocacion por via de queja. (2)

§. XIV.

DE LA NULIDAD DE LAS sentencias, y termino en que se debe pedir.

483 TOda sentencia tiene à su favor la presuncion de haber sido proferida segun la forma prescripta por derecho, (3) con conocimiento de causa, y por Juez legitimo con jurisdicion para darla, mayormente siendo superior, (4) y si es antigua, se amplía la presuncion à que para ello precedieron todos los requisitos, y solemnidades de esencia, y substancia. (5) Pero no obstante, como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que en los numeros succesivos se expondrán, se pueden impugnar, y rescindir por esta causa.

484 No es otra cosa la nulidad considerada en abstracto, ò genericamente, que un derecho, y comun auxilio, que compete à alguno para irritar, ò invalidar algun acto. Y considerada en concreto, es un vicio, ò defecto que tiene la cosa hecha, y proviene de la transgre-

(1) Cap. Inter cæteras de re judicat. Innocenc. in cap. Cum Bert. eod. tit. Bald. in leg. 1. Cod. de Sentent. et in leg. Contra negantem, al fin. Cod. de leg. Aquil.

(2) Marant. tit. de Sentent. cit. n. 153. y 154. Reinfestuel dicho tit. 27. de Sentent. et re judicat. §. 4. per tot.

(3) Cap. 16. de Re judicat.

(4) Vela dissert. 48. n. 5. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 35. Sr. Covar. de Matrimon. cap. 8. §. 1. n. 7. Escobar de Puritat. part. 2. quæst 4. artic. 1. n. 17.

(5) Sr. Salg. de Reg. part 4. cap. 1. n. 49. Parej. de Edition. tit. 2. Resolut. 5. n. 83.

gresion de la ley: y asi quando la nulidad es clara, se llama favorable, y el Juez está obligado à declararla abiertamente, pues no hay mayor injusticia que la nulidad patente; pero quando es obscura, se llama odiosa, y en caso de duda está la presuncion por la validacion del acto, ò sentencia. (1)

485 Puede ser nula, è injusta la sentencia: se llama *nula* quando es dada contra la forma, y solemnidad prescriptas por derecho; é *injusta*, quando se profiere contra el del litigante; (2) por lo que los Letrados piden al superior en las apelaciones que interponen, la declare nula, ò la revoque como injusta; y los autores lo distinguen con los adverbios *rite*, y *recte*, que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de diez causas, à que se reducen los treinta modos, por los que expresa *Maranta part.* 4. *distinct.* 16. *per tot.* se pueden decir nulos el juicio, y sentencia, y son: por falta de jurisdicion del Juez, legitimacion, ò citacion de parte; ò por razon del lugar en que se profiere la sentencia, y solemnidad; error en la cantidad, ò en otra cosa; tiempo; proceso; modo; è iniquidad manifiesta; ò por la de la condicion, (3) las quales paso à explicar.

486 Es nula la sentencia proferida por Juez que tiene prohibicion legal de serlo; ò carece de potestad de juzgar; ò si la tubo, espiró, ò le fue revocada por la ley, ò delegante, aunque ignore la revocacion; ò la dada contra naturaleza, derecho, y buenas costumbres; ò contra el que no fue emplazado, excepto en los casos explicados en el num. 145. en los quales no es necesario el emplazamiento; ò en tiempo en que está prohibido juzgar; ò fuera del prefinido para ello; ò en lugar indecente, v. g. la

(1) Vanc. de Nullitat. tit. 1. per tot. Scacia de Appellation. quæstion. 19. Jordan Elucubrat. vol. 3. lib. 14. tit. 28. n. 2. Sabelli in §. Nullitas, n. 1.

(2) Cap. 1. de Re judicat. ley Prolatis, ff. eod. tit. ley 1. ff. Quæ sententiæ sine appellation. rescindant. y ley 1. Cod. Quando provocare non est necesse.

(3) Peregrin. in Prax. Vicarior. Bayo Prax. ecclesiast. part. 3. libr. 1. cap 21. Guerreir. de Division. lib. 8. cap. 3. n. 3.

la taberna; ò fuera de su territorio; ò no estando sentado *pro tribunali*; ò por yerro de parte del Juez, en la cantidad que importe el yerro, y no mas; ò contra menor de 25. años, loco, fatuo, ò desmemoriado, ò mudo, y sordo *à nativitate* sin audiencia de su curador; ò contra esclavo sin la de su señor, excepto en los casos en que por sí solo puede comparecer en juicio; ò por Juez lego sobre cosa espiritual. (1)

487 Tambien es nula la dada bajo de condicion, ò à exemplo de otra, à menos que sea al de la proferida por el Rey como Legislador en caso semejante; (2) ò contra el que no es subdito del Juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en el num. 37. y siguientes; ò contra hombre muerto, sino se cita à sus herederos, (lo qual no se entiende en los delitos, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama, ò bienes, como es la traicion,) ò antes de la contestacion; ò no estando presentes los litigantes, ò al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan, ò no concurran; ò sin pleno conocimiento de causa, porque en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio; ò si no contiene las palabras *Condeno*, ò *Absuelvo*, ù otras equivalentes; (3) ò si no se expresa la cosa, ò cantidad cierta, à menos que se remita à los autos, y en ellos conste; ò si la causa, ò fundamento que en ella menciona, es falsa; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es buena cautela añadir: *y por lo demás que de autos resulta*; ò si en estos falta el poder, y legitimacion de perso-

(1) Ley 12. tit. 22. Partid. 3. ley penult. ff. de Judic. ley Privatorum, Cod. de Jurisdiction. omn. judic. y ley Nulli, Cod. de Sentent. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3. 6. y 11. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 13. num. 38. y part. 3. Labir. cap. 1. n. 100.

(2) Leyes 14. tit. 22. y 3. y 4. tit. 26. Partid. 3. y ley 1. §. Biduum, 5. ff. Quando appellandum sit, y ley Nemo, Cod. de Sentent.

(3) Ley 32. tit. 2. y leyes 9. 10. 15. y 22. tit. 22. Partid. 3. ley fin. Cod. Si à non competent. judic. ley Si per errorem, y ley fin. ff. de Jurisdiction. omn. judic y ley 2. al princip. ff. de Judic. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 20. Jul. Capon. tom. 4. discept. 385.

sona; ò quando excede de lo pedido, ò no es sobre ello; ò lo que se pide es generico, y la sentencia se da sobre cosa especifica; ò es diversa en sí, ò en la accion. (1)

488 Asimismo es nula la sentencia de los Jueces, (ya sean ordinarios, delegados, ò arbitros) dada sin concurrencia de todos los comisionados para poferirla, aunque los ausentes envien à decir por escrito à los otros que la den; excepto que para ello tengan poder especial del que les confirió la comision; pero si concurren todos, y discordan, se ha de estár à la pluralidad de votos; si la discordia es igual en numero, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor suma que los otros, debe prevalecer el voto de éstos como mas pio por la condenacion menor. (2)

489 Igualmente es nula la que el Juez lego profiere en pleito intrincado, y de gravedad sin consulta de asesor letrado; mas no, si consiste en penas de ordenanza, y denunciaciones, pues para darla sobre ésto no necesita asesorarse, (3) como expuse en el num. 428. al fin; y la que se da por testigos, instrumentos, ù otras pruebas falsas; ò por haber corrompido al Juez con dadivas, si se justifica que por el soborno juzgó iniquamente, y no de otra suerte, la qual puede rescindirse en este caso dentro de veinte años, y no despues, y el Juez incurre en la pena del triplo; y la que profirió en virtud del juramento suppletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legitimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension. (4)

490 Y es nula finalmente la sentencia dada en una instancia, ò en otra diversa contra otra difinitiva, de que no se apeló; la qual no puede revocarse, ni rescindirse, sin embargo de que lo consientan las partes, à menos que cons-

(1) Ley 16. tit. 22. Partid. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 3. dicha cap. 7. n. 225. cap. 8. num. 27. y cap. 9. n. 212. Parej. de Edition. tit. 5. Resolut. 10. n. 50. Parlad. different. 70. n. 10. al 12.

(2) Ley 17. tit. 22. Partid. 3.

(3) Acev. en la ley 7. tit. 18. lib. 4. Recop. num. 105. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Scac. de Sentent. cap. 1. glos. 3. quæst. 2. y glos. 13.

(4) Leyes 13. y 24. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 26. Part. 3.

conste de su injusticia, y sobre esta se admita prueba. Lo mismo procede aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si contendieron sobre si hubo, ò no sentencia, el Juez declaráre que no, y no apelaren, ò si apelan, se confirmáre la segunda, quedará invalida, è ineficaz la primera. (1)

491 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, v. g. quando la sentencia es contra ley, ò fuero, naturaleza, ò buenas costumbres; ò falta alguno de los Jueces electos para darla; ò espiró el tiempo prefinido para ello; ò la condenacion excede de la pena de la ley; ò contiene error de parte del Juez; ò falta la contestacion de la demanda; ò las partes no son citadas para darla; ò fue venal, (que es quando se corrompe al Juez con dadivas, por cuyo exceso pierde el oficio, no puede obtener otro, è incurre en otras penas, y esto se puede justificar con tres testigos singulares, y fidedignos, aunque cada uno deponga de su hecho, como lo dicen las leyes 5. y 6. tit. 9. lib. 3. Recop.) ò quando se profirió contra muerto, excepto en causa de traicion; ò proviene de defecto de jurisdicion; puede intentarse como perpetua en qualquier tiempo segun el derecho de las Partidas, (2) aunque no se haya apelado de la sentencia, y se intente contra tres conformes; (3) y las demás nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de aquella, y no despues, ya se proceda por via de accion, ò excepcion. (4) Pero siguiendo el dictamen del *Sr. Covarrub.* (5) conceptúo que todas se deben intentar dentro de éstos, porque la ley recopilada citada, que es posterior à las de Partida, habla indistinta, y absolutamente, y manda que despues de pasados no sea oído mas el litigante sobre ello: que si en ellos dixere que es nu-

(1) Dicha ley 13. tit. 22. et ibi glos. 2. ley 1. Cod. Quando provocare non est necesse, ley de Qua re, ff. de Judic. y cap. Inter cæteras, de re judicat.

(2) Leyes 3. 4. y 5. tit. 26. Partid. 3.

(3) Acev. en la ley. 2. tit. 17. lib. 4. Recop. n. 25. al 40. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 96.

(4) Ley 2. tit. 17. lib. 4. Recop.

(5) Sr. Covar. Pract. cap. 25. n. 5. vers. *Ego contrariam sententiam.*

nula, y se diere sentencia sobre esto, ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y sí solamente apelar, ò suplicar de ella, segun sea el Juez: y que de lo que se determine en estos grados, ò instancias, tampoco haya, ni se permita recurso de nulidad. (1)

492 Si no se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo Juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, en caso que se apelase principalmente, y no por incidencia de ella; pero si se apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior; entonces sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante éste: y lo mismo procede, quando se intenta contra la execucion de la sentencia; de lo qual trata elegantemente el Sr. Covarrubias. (2) Previniendo, que la nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y que mientras se ventila no corre el termino de apelar, si se intentó antes que éste espirase, (3) y no de otra suerte, lo qual es corriente en la práctica.

493 No há lugar nulidad de las sentencias dadas en el Consejo, Chancillerias, y Audiencias; ni suplicacion, ni otro recurso de las en que sus Ministros se declaran, ò no por Jueces; ni impide su execucion, aunque se alegue incompetencia, y defecto de jurisdicion, y ésta conste en el proceso, ò en qualquiera forma, y asi se han de llevar à debido efecto; (4) ni tampoco de las de revista; (5) pero sí de las de los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y conocen de lo civil, pues à estos no se estiende lo expuesto, (6) y asi se puede alegar nulidad, è interponer otro recurso de ellas.

494 Está quitado el remedio de la restitucion en todos los casos referidos en el numero precedente asi à los me-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y dicha ley 2. tit. 17. lib. 4.

(2) Sr. Covar. Pract. cap. 24. n. 7. y 8. y cap. 25.

(3) Dichas leyes Bald. en la Contra majores, Cod. de Inofficios. testam. Dieg. Perez en la 2. tit. 5. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Paz tom. y part 1. temp. 12. n. 9.

(4) Ley 4. tit. 5 y leyes 4 y 11. tit. 17. lib. 4. Recop.

(5) Leyes 3. 4. y 11. tit. 17. libr. 4. Recop.

(6) Auto 13 tit. 6. lib. 2. Recop.

menores, y demás privilegiados, como à los mayores, à quienes por justas causas se la concede el derecho, aunque ambas concurran en una misma persona; por lo que no se deben bolver à ver, suscitar, ni tratar con pretesto de nulidad, restitucion, ni otro los pleitos que por las tales sentencias quedaron acabados. (1) Previniendo, que en los casos de suplicacion ordinaria, y en los de segunda segun la ley de Segovia si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para quando se dé sobre el negocio principal, y no hacerse, ni formarse juicio separado sobre ella. (2) En quanto à las sentencias de los Jueces compromisarios vease lo explicado en mi primera parte tom. 3. cap. 10. n. 14. y 15.

495 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25. años en pleito que sigue con asistencia de su curador, no interviniendo alguno de los motivos explicados: no obstante si fue leso en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se profirió durante su menor edad, puede, ò su curador, ò Procurador en su nombre con especial mandato pedir restitûcion por via de excepcion ante el propio Juez, (ò ante su superior, si se apeló de ella) dentro de los 25. años, ò de los quatro siguientes à ellos, y no despues. Cuya restitucion se le debe conceder una vez en una causa, y no mas, y esta se ha de ventilar con audiencia de su contendor, el qual si quiere, puede gozar del termino de la restitucion, y dentro de él probar lo que le convenga igualmente que el menor, y en el interin nada mas se puede hacer; de suerte, que por la restitucion pedida en el tiempo, y forma expuestos, se buelve el menor al estado que tenia antes de la sentencia, y el pleito à su principio, y se abre nuevamente el juicio. Pero no há lugar la restitucion, quando la sentencia se profirió despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de ésta, ni tampoco quando es nula *ipso jure*, porque en este caso como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se

(1) Dicha ley 11. tit. 17. lib. 4. Recop.

(2) Ley 4. cerca del fin. tit. 17. lib. 4. Recop.

se ha de intentar solamente la nulidad. (1) En quanto à si el Juez delegado puede, ò no conceder restitucion *in integrum* contra su sentencia, y conocer de su nulidad, vease à *Carleval de Judic. tit.* 1. *disp.* 7. *per tot.* el qual afirma que sí, con tal que con la prolacion no haya espirado su jurisdicion, pues si espiró, no puede.

496 Pueden decir tambien de nulidad la Iglesia, y Concejo, ò Republica indefensas, quando no se les mandó constituir defensor, ò no se les citó; mas no, si habiendolas emplazado el Juez, no quisieron ésta embiar su Sindico, y aquella, ò su Prelado comparecer en el juicio; y asi vale el proceso, y sentencia sin embargo de la indefension, (2) porque la Iglesia, y Republica se equiparan regularmente, (3) y por su contumacia no pueden alegar nulidad, pues de permitirselo, estaría en su mano eludirse del Juez, elidir el proceso, y nunca comparecerian à defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia; lo qual no milita para con el menor, que no está proveído de curador, pues si teniendo edad para nombrarlo, no quiere, se lo puede nombrar el Juez, aunque lo resista, y con él se han de substanciar los autos; pero à la Republica, ò Ciudad no. (4)

497 Siendo lesos en la sentencia, ò contrato la Iglesia, Comunidad, ò Republica, deben pedir la restitucion dentro de los quatro años siguientes à su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho (5) treinta para ello. Los mismos concede al Rey como cabeza del comun del Reyno, quando es leso; (6) pero se ha de advertir que el Rey puede poseer tres clases de bienes, unos como persona privada; otros que tocan, y son perpetuamente de su Real Patrimonio; y otros que recaen en su Real Cama-

(1) Leyes 1. 2. y 3. tit. 25. Partid. 3. y 8. y 9. tit. 19. Partid. 6.

(2) Ley 1. Cod. de Rei public. Sr. Greg. Lop. en la 1. tit. 25. Partid. 3. glos. 5.

(3) Ley fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(4) Cap. fin. de Sede vacante, cap. Tum ex iteris, de in integrum restitut. ley Qui habet, ff. de Tutel. glos. in leg. Si Præses, Cod. Quomodo, et quando judex. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 1. tit. 25. Partid. 3. glos. 5. cit.

(5) Ley fin. tit. 19. Partid. 6.

(6) Dicha ley final.

mara, ò Fisco por condenaciones, ò por falta de parientes dentro del grado legal. De los quales los de las dos ultimas clases (que llaman Fiscales) gozan del privilegio; pero por los de la primera ninguno mas le compete que à qualquiera persona privada. (1)

498 Si quieren restituirse por prescripcion sobre aquellas cosas suyas, que pueden perder por tiempo de 40. años, es preciso que las pidan dentro de quatro despues de estos, pues pasados no há lugar. (2) Previniendo que las alcabalas, pechos, y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas, y religiosas, ni tampoco las del comun uso de los Pueblos, v. g. dehesas, exidos, caminos, y otras semejantes. (3)

499 No daña à unos (regularmente hablando) la sentencia dada entre otros, (4) y la razon es, porque ninguno debe ser gravado, ni condenado por lo que no hace, ni aprueba, pues no tiene culpa en ello; (5) y asi el reconocimiento de la deuda, ò su solucion hecha por uno de los herederos del difunto, no perjudica à los coherederos que la niegan, à menos que el acreedor la pruebe por otro medio; (6) ni la transacion practicada con uno perjudica al ausente; (7) ni el hermano à su hermano en lo que executa sin mandato suyo; (8) ni la dada contra uno, à su conjunto que no le mandó litigar, ni lo aprobó, ni se obligó à haberlo por estable; pero sí de lo contrario; (9) ni en causa criminal la que se profirió contra un reo, es nociva al correo; (10) y por lo mismo que no daña à

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 1. tit. 17. Partid. 2. glos. 4. y en dicha ley fin. glos. 2. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 701.

(2) Ley 7. tit. 29. Partid. 3.

(3) Leyes 6. y 7 dicho tit. 29. leyes 1. y 2. tit. 15. lib. 4. ley 2. tit. 13. lib. 6. y ley 1. tit. 18. libr. 9. Recop.

(4) Rubr. y leyes 1. y sig. Cod. Res inter alios, y ley 20. tit. 22. Partid. 3. Cap. Inter dilectos 6. §. In omnibus, de fide instrum. cap. Cum super 17. y cap. Quamvis 25. de Sentent. et re judicat.

(5) Reglas 22. Jur. in 6. y 18. tit. 34. Partid. 7. y Non debet, ff. de Regul. jur. y cap. 2. de constitutionib.

(6) Ley 1. Cod. Res inter alios.

(7) Ley 2. sig.

(8) Ley 3. Cod. eod. tit.

(9) Ley 1. Cod. Quibus res judicata.

(10) Ley 3. Cod. eod. tit.

à éstos, tampoco aprovecha à los otros: y en otros casos semejantes; (1) por lo que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que le toque, y se le debe admitir la apelacion, como que no fue oído, ni citado, manifestando, y probando à lo menos sumariamente su derecho, y que se le irroga perjuicio. (2)

500 Dixe *regularmente hablando*, porque esta regla padece sus limitaciones, y falencias, y por consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos daña, ò aprovecha à otros; el primero, respecto del pleno perjuicio, ò comodo; pues aunque en esto no les puede dañar, ni aprovechar, pero sí en quanto à la presuncion, v. g. la confesion del delito hecha por un reo, no perjudica al complice, ò correo para la condenacion, mas sí para la presuncion. (3) El segundo, quando compete à uno primariamente alguna accion, ò excepcion, y permite que el siguiente, à quien secundariamente toca, litigue, y no lo protesta; pues la sentencia dada contra éste, perjudica al primero, (4) porque por su permision se presume que lo hace con su consentimiento; (5) ò quando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ò fue prometido à entrambos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, pues la sentencia proferida à favor, ò contra el uno, aprovecha, ò perjudica al otro. (6) El tercero, en las causas connexas, v. g. la sentencia dada contra el ordenado indignamente, perjudica al ordenante. (7) El quarto, en la cosa individua, y comun à dos, ò mas, pues si se profiere à favor de uno, aprovecha à los otros, ò al contrario, porque la sentencia no puede ser vá-

(1) Ley 2. Cod. ibi.

(2) Ley A sententia, ff. de Appellation. y cap. Cum super, de sentent. et re judicat.

(3) Abb. in cap. Quamvis, n. 2. y 3. hoc. tit.

(4) Ley penult. ff. de Re judicat. & ibi Bart. in Sumario.

(5) Ley Sæpe constitutum, ff. eod. tit.

(6) Ley 20. tit. 22. Partid. 3.

(7) Canon Hæc quippe 3. quæst. 6. et ibi glos. verb. His amotis. Canon Tantis Daniel, distinct. 81. et ibi glos. fin. Pirhing. hoc tit. n. 84.

vá lida en parte, y en parte no. (1) El quinto, en la cosa comun con el pupilo, pues por este respecto, y comunion el que con él posee algun fundo, retiene la servidumbre que à éste se debe, aunque no la use; (2) y asi como contra el menor no corre la prescripcion, asi tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca; lo qual procede por razon de la comunidad, pues en las cosas individuas puede uno conseguir por su socio lo que le es imposible por sí mismo. (3) Otros varios casos trahen las leyes 20. y 21. tit. 22. Partid. 3. à las quales, al *Sr. Greg. Lop.* en sus Glosas, y à los Autores citados podrá ver el Letrado para quando alguno le ocurra, pues para dar alguna tintura al Escribano, es suficiente lo explicado.

501 La execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ò confirmada por Tribunal superior toca al Juez que la profirió, si es ordinario, el qual siendo mueble, ò raíz la cosa litigiosa, debe mandar entregarla à su dueño dentro de tercero dia, y siendo dinero, dentro de diez, (4) como al fin del num. 481. dexo sentado, y no debe executarla el superior que la confirmó, sino remitir su execucion al inferior. (5) Y del modo de seguir la via executiva, ya sea en virtud de sentencia, ò de otro documento que traiga aparejada execucion, trataré latamente en el cap. 2. de este libro, adonde remito al principiante.

502 Si el Juez que profirió la sentencia, es delegado del Papa, ò Principe supremo, puede executarla por sí, ò por otro; (6) pero si lo es del Obispo, ò de otro Prin-

ci-

(1) Ley Loci, §. Si fundus, ff. Si servitus vindicetur. cap. Una sententia 72. de Appellation.

(2) Ley Si communem, §. 1. ff. Quemadmodum servitutes ammittant.

(3) Cap. Sacris 12. de Sepultur. cap. unic. et ibi glos. et Abb. in cap. Quamvis, cit. n. 14. hoc tit.

(4) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recopil.

(5) Ley 33. tit. 4. lib. 3. Recopil.

(6) Cap. Quærenti 26. y cap. Pastoralis 28. §. Præterea, de offic. delegat. y cap. in Litteris 9. eod. tit. Pirhing. hoc tit. num. 99. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 74. n. 48.

cipe inferior, hay variedad de opiniones sobre si puede, ò no. (1) Lo cierto es, que por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al delegado, se entiende serle cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las quales no puede quedar expedita, y concluída; y asi se ha de atender à las facultades de su comision; (2) pues aunque con la sentencia se acaba el oficio mercenario del Juez, que sirve para declarar la accion, mas no el noble, que consiste en apremiar, mandar, prohibir, conservar el derecho, y executar lo que determina en la causa, porque éste espira solamente por la sentencia executada. (3) Y se advierte, que si alguno tubiere la osadia de impedir con armas, ò de otro modo violento su execucion, à mas de otras penas establecidas por derecho, incurre en la de perdimiento de la mitad de sus bienes aplicados à la Real Camara. (4)

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER las diligencias que ocurren en el Juicio civil ordinario.

Demanda de reivindicacion.

503 F. En nombre de Don N. vecino de tal Villa, y en virtud de su poder, de que en debida forma presento copia testimoniada, en la forma que de derecho mejor proceda, y sin perjuicio de qualquiera otro que en el asunto, que aqui se expresará, le competa, y de que protesto usar donde, contra quien, y en el modo que

(1) Reinfestuel lib. 1. tit. 29. de Offic. et potestat. judic. delegat. §. 2. n. 45. y sig. y §. 5. numer. 110.

(2) Cap. 5. y 39. de Offic. delegat.

(3) Reinfestuel lib. 1. tit. 29. dicho n. 24. y lib. 2. tit. 27. §. 6. n. 168.

(4) Ley 8. tit. 17. lib. 4. Recopil.

que mas le convenga, ante Vm. parezco, y digo que por fallecimiento de Don P. padre de dicho Don N. recayeron en éste como su unico hijo varon legitimo todos los mayorazgos que poseía, entre los quales se comprehende el erigido por J. en tantos de tal mes, y año, ante tal Escribano, en cabeza de M. su sobrino, y septimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio, termino de esta Villa, y otros varios bienes raíces consistentes en las de tal, y tal, como consta de la Escritura de fundacion, de que igualmente presento con la solemnidad necesaria copia legalizada: Que habiendo quedado mi parte en la menor edad de ocho años, tomó à su nombre posesion de todos los mayorazgos Doña G. su madre, y curadora *ad bona* en sus fundaciones, segun se acredita del testimonio que asimismo presento, y como tal los estubo administrando por medio de sus apoderados, durante la citada menor edad. Y habiendo salido de ella mi parte, segun se califica de la certificacion de bautismo legalizada, que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. (*se expresarán los que sean*) sino que los estaban poseyendo pro indiviso F. vecino de esta Villa, y F. que lo es de la de tal, su hermano, à quienes reconvino mi parte extrajudicialmente manifestasen el titulo legitimo con que los poseían, ò le reconociesen por poseedor legal, y pagasen los frutos, y rentas que produxeron desde la muerte de su padre, y no quisieron asentir à uno, ni à otro, pretestando haberlos heredado, y poseído sus mayores con titulos verdaderos de tiempo immemorial. Y mediante à que no pueden tener documento que califique haberse desmembrado legitima, y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños; que sin que precediese facultad Real, no debieron haberse vendido, ni enagenado, y que por lo propio es corriente, y sin el menor dubio su reivindicacion; por tanto, y para que ésta se verifique, à Vm. suplíco se sirva haber por presentados el poder, fundacion, testimonio de posesion, y partida referidos, y por lo que de ellos resulta, declarar que los nominados bienes han toca-

cado, y pertenecido, tocan, y pertenecen en posesion, y propiedad al prenotado mayorazgo fundado por &c. y al mencionado Don N. mi parte, como su poseedor legitimo, con todos sus frutos, rentas, y aprovechamientos, y en su consequencia condenar à dichos F. y F. como detentadores à que se los restituyan con todos los que produxeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es unico heredero, sino en todo el tiempo que éste vivió, y en las costas de este pleito; sobre lo qual, y cada cosa les pongo formal demanda con la protesta de corregirla, suplirla, y ampliarla, conforme haya lugar en justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c. Otrosí: mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal Villa, à Vm. suplico se sirva mandar expedir requisitoria de emplazamiento cometida à la Justicia de ella con termino peremptorio, para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, à su muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandoles memoria por escrito con la competente expresion de ella, y de la requisitoria que se expida, y poniendolo todo por fé, y diligencia à su continuacion, à fin de que le pare el perjuicio que haya lugar: pido ut supra. Lic. Don F. &c.

Auto.

504 Por presentados los documentos que se refieren: en quanto à lo principal traslado à F. y F. y por lo respectivo al otrosí, librese la requisitoria que se pide con termino de quince dias peremptorios, el Señor Don N. Alcalde mayor de esta Villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes, y año, &c.

Notificacion.

505 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, yó el Escribano notifiqué el auto de traslado antecedente à F. vecino de ella, en su persona, de que quedó enterado, doy fé. F. de tal.

Requisitoria para notificar la demanda.

506 Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, y Alcalde Mayor de esta Villa de tal, hago saber à los Señores Jueces, y Justicias de la de tal, y demás de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes este Despacho requisitorio fuere presentado, y pedido su cumplimiento, que en mi juzgado, y por el oficio del presente Escribano, por parte de Don N. vecino de tal parte, con presentacion de varios documentos se dió un pedimento, cuyo tenor, y el del auto que à él proveí, es el siguiente.

Aqui se insertan el pedimento, y auto, y luego prosigue.

Concuerdan el pedimento, y auto insertos con los originales, que existen en el oficio del infraescrito Escribano con los documentos que en ellos se citan, y en conformidad de lo proveído expidió el presente, por el qual, de parte de S. M. y de la Justicia que en su Real nombre administró, exortó, y requirió à dichos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo; que siendoles presentado por qualquiera persona en nombre del nominado Don N. sin pedirle poder, ni otro recado alguno, le manden aceptar, y cumplir, y en su consequencia que por qualquiera Escribano de S. M. se haga saber à F. de tal, contenido en el pedimento el auto que à el proveí, para que dentro de quince dias primeros siguientes al de su notoriedad, que por tres terminos, y el ultimo peremptorio le prefino, comparezca por sí, ò por su Procurador con suficiente poder ante mí, y en dicho oficio à decir, y alegar lo que à su derecho convenga, pues le oiré, y guardaré justicia en lo que la tubiere, apercibiendole, que si pasare dicho termino sin haber comparecido, procederé à substanciar, y determinar la causa como halláre por derecho, sin le citar, llamar, ni emplazar mas, y los autos, y diligencias que ocurran en su progreso, se harán, y notificarán por

por su ausencia, y rebeldía habida por presencia, en los estrados de mi Audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si personalmente se le notificasen; y en caso de no hallarse en esa Villa, ò no poder ser habido el citado F. se dejará memoria con relacion del contesto de este despacho à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos, para que se lo participen, llegue à su noticia, y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia el dia, y la persona à quien se entregó; y evaquado con las originales que en su virtud se practíquen, lo debolverán à la persona que lo presente, para que lo traiga ante mí, y en su vista provea justicia; que en hacerlo asi la administrarán dichos Señores Jueces, è yo corresponderé reciprocamente siempre que sus despachos vea, ella mediante. Dado en tal parte à tantos, &c. Licenciado Don F. Por su mandado. F.

Auto dando cumplimiento à la requisitoria.

507 Sin perjuicio de la Real jurisdicion que su mrd. exerce, se cumpla en todo, y por todo la requisitoria precedente, y en su consequencia se practíquen por el presente Escribano, ù otro de este juzgado las diligencias que previene: el Señor Don F. &c.

Nota primera.

Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los tres dias, contados desde el de su notoriedad exclusivè, si no pide retencion del despacho, se pone el auto de remision, y debolucion, diciendo: *Mediante estár evaquadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior, se entregue con ellas à la parte que lo presentó para que lo debuelva al juzgado de donde dimana. El Señor Don F. &c.* y si pide que se le entregue por tener que excepcionar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante, el qual lo evaqua, y de su respuesta se da tambien traslado al demandado, el

qual concluye ; el Juez há por concluso el incidente , y llama los autos , y en vista de lo alegado por ambos , ò declara no haber lugar à la retencion del despacho, y manda se entregue à la parte que lo presentó , y que el emplazado acuda ante el Juez requirente à usar de su derecho; ò se declara por Juez legitimo para el conocimiento de la causa principal , por las excepciones , y motivos que alegó el emplazado , y manda que el demandante use en su juzgado del derecho que le competa , y que à este efecto se retenga en él el despacho; cuyos autos son apelables , y se sigue la apelacion en la forma regular. Pero se advierte , que aunque la requisitoria contenga la clausula puesta en el num. 139. si el que la presenta no es el mismo interesado , y se suscita el incidente sobre su retencion , no se le debe tener por parte para seguirlo sin poder suyo , porque por la requisitoria se le autoriza solamente para practicar las diligencias conducentes à su evacuacion , y cumplimiento , mas no para otra cosa , ni incidente que ocurra. Y si el emplazado es personage , debe preceder recado politico à la notificacion , ò citacion , y expresarse en el auto , porque la urbanidad no se opone à la Justicia : y aunque el auto no lo exprese , debe darlo el Escribano.

Nota segunda.

En quanto à la introducion que deben llevar los despachos requisitorios , es de advertir , que si se dirigen à Galicia, ò à otra Provincia donde haya Virrey , deben decir : *Don F. &c. hago saber al Excelentisimo Señor Virrey , y Capitan General del Reyno de &c. Presidente de su Real Audiencia , à los Señores Regente , y Oidores de ella , y à todos los Corregidores , Gobernadores , Alcaldes Mayores , y Ordinarios , y demás Jueces , y Justicias de dicho Reyno , ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada , &c.* Si son para *Navarra* , han de hablar con el Virrey , y Capitan General de su Reyno , su Lugar-Theniente , y con los muy ilustres del Consejo, y Chancilleria del mismo Reyno , y demás Jueces , y Justi-

ticias, &c. Si para *Cathaluña*, con el Excelentisimo Señor Gobernador, y Capitan General de su Principado, y Presidente de su Real Audiencia, que reside en la Ciudad de Barcelona, y con los Señores Regente, y Oidores de ella, Corregidores, Gobernadores, y demás Jueces, y Justicias, &c. y lo mismo yendo à otra donde haya Gobernador, y Capitan General, y no Virrey, ya sea de esta Peninsula, ò de las Indias. Si al Principado de *Asturias*, con el Señor Regente, y Oidores de su Real Audiencia. Si à *Sevilla*, con el Regente, y Oidores de su Real Audiencia, su Lugar-Thenientes, y demás Jueces, y Justicias, &c. Si para *Francia*, ò *Inglaterra*, con los muy ilustres honrados Gobernadores Mayores, y Jueces de sus Reynos. Si para *Napoles*, con los ilustres, espectables, nobles, magnificos, Gran Camarlengo, Protonotario, Maestro Justiciero, ò su Lugar-Theniente, Sacro Consejo de la Campuzana, Presidente, y Racioneros de la Camara, Regente, Jueces de la Gran Corte de la Vicaria, Servianos de Racion, Tesorero General, Abogados, Fieles, y demás Oficiales, y Ministros de S. M. de qualquier estado, y condicion que sean en dicho Reyno. Si para *Sicilia*, al Excelentisimo Señor Virrey del Reyno de Sicilia, y à los muy ilustres Preceptores, Jurados, y Jueces, asi de la Ciudad de Palermo, como de otros qualesquiera Pueblos, y Lugares del citado Reyno. Si para *Roma*, al espectable Padre N. Eclesiastico, y Auditor de la Reverenda Camara Apostolica de la Ciudad de Roma, y otros qualesquier Jueces, y Ministros de Justicia. Si para *Malta*, al Eminentisimo, y Reverendisimo Señor Gran Maestre de la Sacra Religion, y Caballeria de San Juan, Principe de Malta, y del Gozo, y à los Señores Priores, Baylios, Comendadores, Jueces, Gobernadores, y demás Justicias del mismo Principado, è Isla de Malta, y à cada uno en su distrito, y jurisdicion, &c. Si para *Toscana*, al Serenisimo Gran Duque de Toscana, y al muy ilustre Pretor, y Jueces de la Rota de la Ciudad de Florencia, y demás Jueces, asi de ella, como de todos los Pueblos de su Gran Ducado. Si para *Florencia*, y *Ambers*, à los Señores Bur-

go,

go, Maestres, Esclavines, Consejeros, Alcaldes Mayores, y Ordinarios, Auditores Generales de las hermandades, Alguaciles, Porteros, Baylios, Sargentos, y otros Oficiales, y Ministros, asi de la Ciudad de Ambers, (ò lo que sea) como de los estados de Flandes, y à cada uno en su respectivo distrito. Si para *Milan*, al Ilustrisimo Señor Gobernador, y Capitan General de los Estados de Milan, y al Excelentisimo Senado, Magistrado, Jueces ordinarios, y extraordinarios, Capitanes, Justicia, Potestado, y otros Jueces, &c. Si para *Genova*, al Serenisimo Dux, Ilustrisimos Gobernadores de la Republica de Genova, espectables Oidores de la Rota, y Vicaría, y otros qualesquier Jueces, &c. y asi respectivamente para los demás Reynos, y Provincias extrangeras, para las quales rara vez se ofrece despacho, y las partes suelen estár instruidas del tratamiento, y clase de gobierno que hay en cada una, y no estandolo, lo comprende todo la generalidad de Gobernadores, Jueces, y demás Ministros de Justicia, con el qual no se dexará de cumplimentar el despacho.

Nota tercera.

Si el demandado ocurre por Procurador à mostrarse parte en los autos, ha de presentar poder éste, pues si no, ni se le ha de estimar por tal en ellos, ni mandar que se le entreguen hasta que lo presente: y asi se pone este auto: *Presentando esta parte poder suficiente, se le há por tal en los autos que refiere, los que verificada la presentacion, se le entreguen por el termino ordinario*, y de ellos debe dexar conocimiento, ò recibo en el Oficio para su resguardo, y poderle apremiar à su buelta. Si forma articulo de no contestar dentro del termino legal, y se desprecia, (pues pocos se ganan absolutamente) se debe poner este auto: *Sin embargo de lo expuesto, alegado, y articulo introducido por F. se le notifique, que dentro de tercero dia conteste, y responda à la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento, que pasado sin haberlo hecho, se declarará por contestada, y se procederá à lo de-*

demás que haya lugar : con vista de autos lo mandó el Señor Don , &c. Si ha espirado el termino de contestar, se ha de poner este : *No ha lugar al articulo introducido por parte de F. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos à prueba con termino de tantos dias comunes , à las partes , hagaseles notorio : con vista de autos lo mandó , &c.* sobre todo lo qual vease lo explicado desde el num. 185. al 196. en donde se trata latamente de la declinatoria , y otras excepciones dilatorias; y si contesta , da pedimento en la forma siguiente.

Pedimento de contestacion.

508 F. en nombre de F. y F. hermanos , y en virtud de su poder , que tengo presentado en los autos con Don N. vecino de tal Villa , sobre la propiedad , y dominio de tales bienes, que dice pertenecer al mayorazgo que posehe, y erigió F. y haberse segregado de él indebidamente: usando del traslado que de su demanda se me comunicó, y respondiendo à ella , digo , que sin embargo de quanto expone , y resulta de los documentos con que la acompaña , Vm. se ha de servir en meritos de Justicia , no solo desestimarla , y absolver à mis partes , sino imponer perpetuo silencio à la adversa , y condenarla en las costas de este pleito , pues asi procede , y debe hacerse por lo que aqui se expondrá , y documentos que se presentarán, y por lo demás general , y favorable : y porque , &c. (*aqui se exponen los fundamentos en que se afianza la pretension , y se producen los documentos que haya de pronto , y prosigue el pedimento.*) Por todo lo qual , y por lo demás que à su tiempo se justificará , como lo protesto: à Vm. suplíco se sirva haber por presentados dichos testimonios , (*ò lo que sea*) y en su vista proveer , y determinar , como dejo pretendido , y es de justicia que pido , y para ello , &c.

Auto.

509 Por presentados los documentos que se expresan : traslado à la otra parte : el Señor Don F. &c.

No-

Nota quarta.

Este auto se notifica al demandante, el qual en su vista toma los autos, y si quiere, puede replicar contra las excepciones peremptorias que oponga el demandado, y si no, concluir para los efectos que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleito; cuya conclusion puede poner à continuacion del mismo auto, como en esta Corte se practíca, y si no por pedimento à la similitud del siguiente.

Pedimento de conclusion.

510 F. en nombre de Don N. en los autos, con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes al mayorazgo que posee, y fundó F. ante Vm. como mas haya lugar, digo, que de la demanda de mi parte se comunicó traslado à las otras, las quales la contestaron, y se me ha hecho saber su contestacion. Y para que no se retarde el progreso de este pleito, mediante ser por su naturaleza ordinario, y deber recibirse à prueba: desde luego negando, y contradiciendo quanto de contrario se expone, y afirmandome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos que haya lugar, cesante qualquiera novedad: en cuya atencion, à Vm. suplíco se sirva haber estos autos por conclusos legitimamente, y proveer lo que corresponda en justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto.

511 Se han por conclusos estos autos quanto há lugar en derecho: traiganse citadas las partes para proveer lo conveniente: el Sr. Don F. &c.

Nota quinta.

Este auto se debe hacer saber à las partes, y citarlas con él, à fin de que las conste que el pleito se halla concluso

cluso, y que el Juez llamó los autos para proveer segun su estado, y naturaleza lo que corresponda; pero en esta Corte como la conclusion se pone à continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto, habiendo el pleito por concluso, y solo se cita con la conclusion à la otra parte, ò partes; acerca de lo qual vease lo explicado en los numeros 413. y 415. pues en quanto al modo de substanciar se deberá seguir el estilo del Tribunal del juicio, que no sea opuesto à derecho. Dentro de seis dias à lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion, ò à la primera Audiencia segun quiera el Juez, y se acostumbre en su Juzgado, ha de recibir el pleito à prueba por medio de auto, el qual se debe hacer saber à los litigantes para que hagan la que les convenga. Si el reo no contesta la demanda, ni pide los autos, le ha de acusar el actor la rebeldía, y pedir que el Juez la haya por acusada, y el pleito por concluso; à lo que ha de deferir, ò mandar se le buelva à notificar en los terminos explicados en el numero 159. Y si no obstante la acusacion los pide, debe mandar que sin embargo de ella, y de su estado, se le entreguen por el termino ordinario, y luego à su tiempo recibirlos à prueba; cuyo auto, y probanzas se entienden en la forma siguiente.

Auto de prueba.

512 Recibese este pleito à prueba con termino de tantos dias comunes à las partes, hagaseles notorio: con vista de autos lo mandó el Sr. Don F. &c.

Nota sexta.

Quando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, y pide que los autos se hayan por conclusos, y se substancien en estrados, se pone este auto: *Por acusada la rebeldía; recibese este pleito à prueba con termino de tantos dias comunes à las partes, à quienes se haga notorio; y mediante no haber comparecido la*

de F. demandado; en su ausencia, y rebeldía se notifiquen, y hagan en los extrados de la Audiencia de su mrd. los autos, y diligencias que ocurran: con vista de ellos lo mandó el Sr. &c. y las notificaciones se estienden asi:

Notificaciones.

513 En tal parte, tal dia, mes, y año yo el Escribano notifiqué el auto precedente à F. actor demandante en su persona, y por la ausencia, y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los extrados de la Audiencia del Sr. Juez por quien está proveído, doy fé, F.

Interrogatorio.

514 Los testigos que se presentaren por parte de Don N. en el pleito que sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes à su mayorazgo, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito, y demás generales de la ley; digan, y dén razon, &c.

Item: si saben, han visto, ù oído, y tienen entendido que, &c.

Item de público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion digan, &c.

Pedimento presentando el interrogatorio.

515 F. en nombre de Don N. vecino de tal parte, en los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes, digo que estos autos se recibieron à prueba por el proveído en tantos de este mes, con termino de tantos dias comunes à las partes: y para la que intenta hacer la mia, presento interrogatorio: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, y mandar que à su tenor, y con citacion contraria se examinen los testigos que por mi parte sean presentados, à cuyos dichos protesto estár so-

solo en lo favorable, y no de otra suerte; y que à deponer lo que sepan, sean apremiados en caso de escusarse, dando para ello comision à qualquiera Escribano de S. M. pido justicia, y para ello, &c.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse, existen en tal Pueblo: à Vm. suplíco se sirva expedir requisitoria à sus justicias, para que por ante Escribano, y en forma los examinen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dandolas comision à este efecto; y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que con ella se cite à las otras partes à fin de que presencien à su juramento si quisieren, pido ut supra.

Otrosí: atento à que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo, que posee la mia, y presenté con su demanda: à Vm. suplíco se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que existe en el Oficio de F. Escribano del Numero de esta Villa, à fin de que no se dude de su contesto; pido ut supra.

Otrosí: à Vm. suplíco se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho Escribano tal, y tal instrumento que paran en sus protocolos, y à este fin librar el correspondiente compulsorio: pido, &c.

Otrosí: respecto estár para espirar el termino, por que este pleito se recibió à prueba: à Vm. suplíco se sirva prorrogarlo hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber à las partes la prorrogacion, pido, &c.

Auto.

516 A lo principal, y primer otrosí se há por presentado el interrogatorio quanto es pertinente: à su tenor, y con citacion contraria se examinen por el presente Escribano à quien se dá comision, los testigos que por esta parte se produxeren en este Juzgado, y para los existentes en tal Pueblo, se libre la requisitoria que se solicita. Al segundo otrosí se compruebe por el mismo con la pro-

pia citacion la Escritura de fundacion que se expresa, à cuyo fin se requiera à F. Escribano de este Numero ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En quanto al tercero, expidase el compulsorio competente para el efecto que se pretende. Y por lo respectivo al ultimo otrosí se prorroga el termino de prueba hasta los ochenta dias de la ley, hagase notorio. El Sr. Don F. &c.

Citacion, y notificaciones.

517 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto anterior para los efectos que expresa en lo principal, y tres otrosies del pedimento à que fue proveído, à F. Procurador de F. y F. y le hice saber, y à F. que lo es de Don N. la prorrogacion del termino probatorio que incluye el mismo auto en quanto al ultimo otrosí, y à cada uno en su respectiva persona; y el expresado F. dijo que para conocer, y ver juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, se le señalen dias, y horas, pues quiere hallarse presente, doy fé.

Señalamiento de dias, y horas para presentar testigos.

518 Incontinenti yo el Escribano mediante la respuesta dada à la citacion precedente, señalé para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal à tal de la mañana, y desde tal à tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, y hice saber este señalamiento al citado F. Procurador de F. y F. y tambien à F. que lo es del expresado Don N. en sus personas, y quedaron enterados, doy fé.

Requerimiento para la presentacion de testigos.

519 En tal dia, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano requerí à F. Procurador de Don N. presente los

los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, en su persona ; y enterado, dixo está pronto à su presentacion desde mañana à las horas señaladas, doy fé.

Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.

520 En tal parte , tal dia , mes , y año F. Procurador de Don N. en consequencia del requerimiento que precede. y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleito , presentó por testigos à F. de tal , de tal exercicio, que expresó vivir en tal parte , à F. de tal oficio , que dixo vivir en tal ; y de ambos yo el Escribano en presencia de las partes usando de la facultad que me está conferida , recibí juramento por Dios nuestro Señor , y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas , quienes lo hicieron como se requiere , y baxo de él prometieron decir verdad quando sean examinados , y lo que supieren por ambas partes sobre el hecho , ò hechos litigiosos , aunque sobre ellos no sean preguntados , sin añadir , quitar , ocultar , ni tergiversar cosa alguna , sino lo cierto como cierto , y lo dudoso como dudoso segun lo sepan , y entiendan ; y lo firmaron ambos junto con F. Procurador de las otras partes , doy fé.

Nota septima.

Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el Juez juramente à los testigos , debe dar pedimento , y el Juez ha de hacer el señalamiento por auto , el qual se hace saber à los contendores ; y entonces el Escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el Juez se lo recibió ante él , y no que él se lo recibe , rubricar la diligencia el mismo Juez , y firmarla tambien la parte , si está presente , para que no alegue que no lo presenció , excepto que no sepa firmar , en cuyo caso se expresará que no sabe.

Re-

Requisitoria para hacer probanza.

521 Licenciado Don F. &c. hago saber à los Señores Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores, ordinarios, y demás Ministros de Justicia asi de la Ciudad de tal, como de todas las demás Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y de su contesto pedido cumplimiento, que en mi Juzgado, y por ante el presente Escribano del Numero se siguen autos à instancia de Don N. contra F. y F. vecinos de, &c. sobre la reivindicacion, y propiedad de tales bienes, (*ò lo que sea*) los que tubieron principio en tal dia por demanda presentada con varios documentos por parte del citado Don N. en la que haciendo expresion de tal, y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (*se expresará la introducida*) de cuya demanda comuniqué traslado à los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos, por el que proferí en tal dia, los recibí à prueba por tantos comunes à las partes; y por la del expresado Don N. se pidió prorrogacion hasta los ochenta de la ley, y al mismo tiempo presentó interrogatorio, solicitando que à su tenor se examinasen los testigos que produxese; y respecto existir en esa Ciudad algunos de que intentaba valerse, que expidiese requisitoria para su examen, à cuya solicitud deferí en auto de tal dia; cuyo tenor, el de el de prueba, sus notificaciones, demanda, è interrogatorio es el siguiente.

Aqui se inserta por su orden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.

Y para que tenga efecto mi ultimo proveído, y lo pretendido por el nominado Don F. expido la presente: por la qual de parte de S. M. y del oficio de justicia que en su Real nombre exerzo, exorto, y requiero à los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo que siendo-

doles presentada por qualquiera persona en el denominado Don N. sin pedirla poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consequencia mediante estár citada la parte de los enunciados F. y F. que por ante Escribano, y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos se presenten por la de dicho Don N. dentro del termino de prueba que cumplirá en tal dia, y precedida su solemnidad, las examinen con separacion, preguntandoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que dén razon de sus dichos, y deposiciones, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y evaquadas, las mandarán entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas, y selladas à la persona que la presente, para que las traiga ante mí, y provea en su vista lo que corresponda en justicia, pues en practicarlo asi la administrarán, è yo haré al tanto por mutua correspondencia siempre que las suyas vea. Fecha en tal parte, a tantos de tal mes, y año: Licenciado Don F. por su mandado, F.

Examen de un testigo.

522 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho del que dixo llamarse F. ser vecino de tal lugar, y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleito que sigue contra F. y F. sobre tal cosa, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir todo lo que sepa, y sea concerniente à los hechos de este pleito por ambas partes aunque sobre ello no sea preguntado, y en todo la verdad lisa, y llanamente. Y habiendole examinado al tenor de las preguntas del interrogatorio producido en estos autos, y de cada una con separacion, dixo lo siguiente.

A la primera dixo, que conoce à las partes litigantes, (*ò solamente à F.*) que tiene noticia de este pleito, (*ò*

no

no la tiene) que de ninguna es pariente, amigo, ni enemigo, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira, (*ò que es pariente en tal grado de quien le presenta, ò de entrambos litigantes, pero no por eso dexará de decir la verdad,*) y que no tiene interés en este pleito, ni desea que alguno lo gane, y otro lo pierda, sino que Dios dé la justicia al que la tenga, ni le tocan las demás generales de la ley de que le instruí: y que es de tantos años poco mas, ò menos de edad, y responde.

A la segunda dixo, que sabe tal cosa por tal razon, y responde.

A la tercera dixo, que ignora su contenido, y responde.

A la ultima dixo, que lo que dexa declarado es público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion en tal parte, y entre sus moradores, y todo la verdad baxo del juramento hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, (*ò no lo firma porque dijo no saber*) de todo lo qual doy fé.

Pedimento para que se nombren interpretes; à fin de evaquar declaraciones de testigos estrangeros.

523 F. en nombre de Don N. en los autos con F. y F. sobre tal cosa, digo que este pleito se recibió à prueba; y para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, à cuyo tenor se mandaron examinar los testigos que produxese, de los quales dos llamados F. y F. son Alemanes, y por no entender su idioma el Escribano comisionado, ni ellos el Castellano, no los ha examinado; y para que mi parte no quede indefensa, ni dexe de aclarar su justicia por esta causa: à Vm. suplíco se sirva nombrar dos interpretes que entiendan, y hablen ambos idiomas, por medio de los quales precedida su aceptacion, y juramento, sean examinados ante dicho Escribano los referidos testigos: pido justicia, &c.

Au-

Auto.

524 Para el efecto que se expresa, se nombran por interpretes à F. y F. de nacion Alemana: notifiqueseles acepten este nombramiento, y juren evaquar fielmente el encargo que por él se les hace; y hecho, se proceda à examinar à F. y F. segun se pretende. El Sr. Don F. lo mandó, &c.

Aceptacion de los interpretes.

525 En tal parte, à tantos, &c. yo el Escribauo notifiqué el auto antecedente, y nombramiento que incluye, à F. y F. de nacion Alemanes en sus personas: y enterados, dixeron lo aceptan, y juran por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas, usar bien, y fielmente el cargo de interpretes, y que à este fin están prontos à concurrir al examen, y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion; esto respondieron, y lo firman, doy fé.

Examen de un testigo con asistencia de interpretes.

526 En tal parte, &c. en consequencia de lo que está mandado por el precedente auto, y en continuacion de la probanza que en éstos pretende hacer F. presentó por testigo à F. de tal exercicio, y de nacion Alemán, para cuyo examen por no hablar el idioma Castellano, están nombrados por interpretes F. y F. de la propia nacion, quienes baxo del juramento que tienen hecho ante mí, el que reiteran, aseguraron usar bien, y fielmente el cargo, y oficio de tales interpretes, y para su evaquacion estando presente con ellos el citado F. yo el Escribano formé la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formaron los interpretes, è hicieron formar al testigo, y les dixe le preguntasen si juraba por Dios, y por la cruz decir quanto supiese por ambas partes en razon de los hechos del pleito, sobre que era presentado por testigo,

aunque sobre ellos no fuese preguntado, y en todo la verdad lisa, y llana; y habiendole hablado en su idioma, dixeron que se lo habian preguntado, y respondia que asi lo juraba, y en vista de esta respuesta se procedió à examinarle al tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente.

A la primera pregunta que leí à los interpretes, y éstos dieron à entender al testigo, dixeron respondia que conoce à los litigantes, y tiene noticia de este pleito: que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demás generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad, y responde.

A la segunda que les leí, y dieron à entender en igual forma à dicho testigo, respondieron decia que sabe tal, y tal cosa, por tal, y tal razon, &c.

A la ultima que tambien les leí, y le dieron à entender, dixeron respondia tal, y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabía, y la verdad en que se afirmaba, y ratificaba baxo del referido juramento, y lo firma con los interpretes, los quales aseguraron baxo del que tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto el testigo, sin añadir, quitar, ni tergiversar cosa alguna, de todo lo qual doy fé.

Nota octava.

Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes, por alguno de los motivos expuestos en los num. 126. al 128. antes de principiar el pleito, ò de contestar la demanda; y para que aprovechen al sugeto, à cuya instancia se recibieron, pretende que en el termino de prueba se ratifiquen con citacion contraria; y su ratificacion se estiende de esta suerte.

Ratificacion de testigo.

527 En tal parte, &c. Yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nues-

nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la informacion presentada en estos autos, y recibida à instancia de F.: y habiendo jurado como se requiere, prometió decir verdad, &c. y siendole leída por mí la declaracion que hizo tal dia ante F. Escribano, y consta en tal pieza de estos autos à tal folio, enterado de ella, dixo que su contesto es lo que entonces depuso, y todo la verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar, ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma, ratifica, y lo firma, y expresa no comprenderle las generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fé: *Si el testigo tubiere que añadir, quitar, ò enmendar alguna cosa*, dirá: que el contesto de la citada declaracion es lo mismo que entonces depuso, y declaró, y ahora añade tal cosa (*lo que sea*) de que entonces no se acordó, y en quanto à tal cosa dice que aunque en dicha declaracion depuso esto, (*lo que sea*) padeció equivocacion en tal, y tal especie, pues lo que pasó fue tal, y tal cosa, y en lo demás da por subsistente su primera declaracion, en la qual, y en lo que ahora expresa de nuevo, y la corrige, se afirma, ratifica, y lo firma, &c.

Nota nona.

Como à veces no se pueden ratificar en el termino de prueba todos los testigos que se examinaron antes, à causa de haber muerto, ò estár ausentes algunos en parages remotos, y la parte que los produxo, quiere valerse de sus dichos, porque convienen à su defensa, y por haberse examinado sin citacion de la contraria, no le perjudican: para que por esta causa no dexen de producir el debido efecto, debe pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos, y ausentes, y el Juez deferir à su solicitud: y las diligencias se practican en la forma siguiente.

Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.

528 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa, digo que para la prueba intentada por mi parte, pedí, y se mandó que los testigos que depusieron à su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, à lo qual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado el Escribano que entiende en la probanza à su ratificacion, halló que Pedro de tal uno de ellos ha muerto, (ò se ausentó de este Pueblo sin saberse su paradero) segun se acredita de las diligencias hechas en su busca, ò de la certificacion de su entierro, que presento. Mediante lo qual, y para que dicha disposicion no quede ilusoria, ni mi parte indefensa, à Vm. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion que ofrezco del abono del expresado Pedro, y para ello dar comision à dicho Escribano: pido justicia, y para ello., &c.

Auto.

529 Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, se reciba à esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el Escribano que entiende en las de estos autos, à quien para ello se da comision en forma: el señor Don F. &c.

Declaracion de un testigo de abono.

530 En tal parte, yo el Escribano en virtud de la comision que por el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y le está mandada dar, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por

por mí al tenor del pedimento que la motiva: dixo que conoció de vista, trato, y comunicacion à Pedro de tal, à quien tubo siempre por buen christiano, temeroso de Dios, y de toda pureza, ingenuidad, y realidad, y por tal ha estado reputado en este Pueblo, sin que jamás haya oído el declarante cosa en contrario; por cuya razon tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia à instancia de dicho F. habrá depuesto la verdad, por lo que merece, y se le debe dar entera fé, y credito, y le consta que el expresado Pedro falleció tal dia, porque asistió à su entierro, ò lo vió cadaver (ò que se ausentó de este Pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ò lo que sea) y asimismo dixo que todo lo que dexa declarado, es la verdad baxo del juramento que tiene hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresó ser de tantos años de edad, de que doy fé.

Nota decima.

Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan à efecto de abonar, ò afianzar à un sugeto, y sus bienes para alguna administracion, ò Thesorería, los quales son verdaderamente fiadores; y asi en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. por quien son presentados, es sugeto de notorio arraigo, y abono en aquel Pueblo; que tiene tales bienes, que valdrán tanta cantidad en venta, y que no están afectos, ni gravados con carga alguna, ò con mas carga que tal (*la que sea*) y en el caso que no la valgan, ò que lo estén, los abonan los testigos con los suyos presentes, y futuros, los que obligan expresamente à la seguridad, fianza, y responsabilidad de la tal cosa, y quieren ser compelidos por via executiva, y todo rigor legal à la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que no alcancen sus bienes, à cuyo efecto se constituyen sus fiadores, y abonadores simples en legal forma, lo reciben por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, se someten à los Señores Jueces competentes, y lo firman, y expresan ser de tantos años de edad, de que doy fé.

Man-

Mandamiento compulsorio.

531 Lic. Don F. Alcalde Mayor de esta Villa de tal, &c. F. Escribano del Numero de esta Villa, siendo requerido con este mandamiento por parte de N. y existiendo en su poder, y Oficio los protocolos de Escrituras, que pasaron ante F. su antecesor, le dará à su continuacion copia integra de una carta de pago, (*ò lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal dia, mes, y año, la qual quiere, y necesita para presentarla en el pleito que con F. sigue ante mí, y el presente Escribano sobre tal cosa; y lo cumpla, mediante estár citada la otra parte (ò precediendo citacion con él à la otra parte) fecho en tal Villa à tantos, &c. Lic. F. Por su mandado: Fulano.

Nota undecima.

Este mandamiento se entrega à la parte, à fin de que lo ponga en poder del Escribano con quien habla, el qual à su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase de instrumento, ò cosa que ha de compulsar, ò metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si en ellos cabe, estenderá el testimonio, ò copia, que se pide en la siguiente forma.

Forma de estender el testimonio, ò copia que previene el mandamiento.

532 En virtud de lo que ordena el anterior mandamiento, yo F. Escribano del Numero de esta Villa, sucesor en el Oficio que exerció F. doy fé que al folio tantos del registro de Escrituras, que parece pasaron ante él en tal año, se halla uno, cuyo tenor es el siguiente: (*Aqui se inserta à la letra, y se pone el concuerda regular*) si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleito, dirá: doy fé que ante tal Juez, y en mi Oficio se siguen,

y

y están pendientes autos, (*ò se han seguido*) à instancia de F. contra N. de esta vecindad, sobre tal cosa, los quales tubieron principio en tal dia por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal, y tal cosa, y concluyendo con tal pretension; de la qual se comunicó traslado à N. el qual solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado, se recibieron à prueba por tanto termino, que se prorrogó hasta los ochenta dias de la ley, y dentro de ellos hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos, è instrumentos; y hecha publicacion de probanzas, alegaron de su justicia; y conclusos los autos para difinitiva, se dió en ellos sentencia, cuyo literal tenor con el de tal, y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*Aqui se inzertará todo, y luego proseguirá*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos de que queda hecha mencion, y lo inserto concuerda con lo que existe en ellos, à que me remito, y todo queda en mi poder, y Oficio, y en cumplimiento de lo preceptuado en el compulsorio que precede, lo signo, y firmo en tal parte, &c.

Pedimento presentando una Escritura para su comprobacion.

533 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que por el proveído en tantos de tal mes se recibieron à prueba por tantos dias comunes à las partes, y para verificacion de la justicia que à la mia asiste, hago presentacion de un traslado de tal Escritura, que en tal dia otorgó P. ante M. Escribano, en cuya atencion, à Vm. suplíco se sirva haberlo por presentado, y à fin de que no se dude de su legitimidad, y veracidad, mandar que con citacion contraria se compruebe por el Escribano de estas diligencias con su protocolo, que existe en el Oficio que exerce F. al qual se requiera lo exhiba, y ponga de manifiesto à este efecto, pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

534 Compruebese con citacion de la parte contraria la Es-

Escritura que por ésta se presenta en la conformidad que solicita, à cuyo efecto F. Escribano, existiendo en su poder el protocolo de ella, lo exhiba; lo qual se practique por el que entiende en las diligencias de este pleito. El señor Don F. &c.

Citacion.

535 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto precedente à D. para el efecto que en él se refiere, en su persona, el qual dixo está pronto à concurrir al cotejo, ò comprobacion, señalandosele dia, y hora, doy fé: *se le señalará dia, y hora, y pondrá el señalamiento, y notificacion con él.*

Cotejo, ò comprobacion de la Escritura.

536 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano estando presente D. uno de los litigantes en este pleito, requerí à F. Escribano que me exhibiese el protocolo de la Escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno empergaminado de las que parece pasaron ante F. su antecesor en tal año, comprehensivo de tantas fojas, que à su final está signado, y firmado por él; y à la pagina tantas se halla la que refiere el pedimento: y habiendo tomado el protocolo yo el Escribano, y el traslado producido el mencionado D. y leído éste por él, è yo atendido por aquel, advertimos estár bien, y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno: ò que en tal foja, plana primera, ò à su buelta, à tal linea donde dice *tal cosa* (la que sea) debe decir *tal*, segun el contesto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demás, y para que conste lo pongo por diligencia, que con dicho D. firmo, y de ello doy fé.

Pedimento presentando papeles, para que una de las partes los reconozca.

537 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal co-

cosa, digo que estos autos se han recibido à prueba por el de tantos, y para la que conduce à mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria, en tales dias de tal mes, y año: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberlas por presentadas, y mandar que el citado N. baxo de juramento las reconozca, y declare si las firmas puestas à su final son de propio puño, y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, à lo que se le apremie en caso necesario, pues evaquado que sea, protesto pedir lo que al derecho de mi parte convenga en justicia, que es la que solicito, y para ello, &c.

Auto.

538 Por presentadas las cartas que se refieren: N. las reconozca segun se pretende, ante el Escribano que entiende en las diligencias de estos autos, à lo que se le apremie en caso necesario; y hecho, pida esta parte lo que la convenga. El señor Don F. lo mandó, &c.

Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.

539 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano usando de la comision que me está conferida por el auto precedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho de N. en el contenido, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y habiendole manifestado las cartas presentadas por parte de F. sus fechas tal, y tal dia; vistas, y reconocidas, dixo que aunque parece que las firmas que contienen, y dicen B. *de tal*, son semejantes à las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar si son, ò no de propio puño de éste, por no haberselas visto echar; ni menos tiene noticia del contesto de las cartas, en que existen: Que es lo que puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresa ser de tantos años

de edad poco mas, ò menos, de que doy fé.

Pedimento nombrando Peritos para hacer cotejo de firmas.

540 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo que para la prueba que mi parte pretende hacer, presenté dos cartas escritas, y firmadas por B. padre de la adversa, y pretendí que ésta las reconociese, y declarase si las firmas que están à sus finales eran hechas por el referido su padre, à lo qual se defirió, y habiendoselas manifestado el Escribano de estas diligencias, no contestó positiva, ni afirmativa, sino ambiguamente sobre su certeza, y deseando evitar toda duda de que son suyas, desde luego para su cotejo, y comprobacion, nombro por mi parte à F. Maestro de primeras letras en esta Villa: en cuya atencion, à V.m. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que la otra dentro de un breve, y peremptorio termino que se le prefina, nombre por la suya, ò se conforme con el nombrado, y pasado, se elija de oficio à su costa, y que ambos Peritos baxo de juramento, y con la citacion correspondiente hagan el cotejo, y comparacion de las citadas firmas, à cuyo fin el presente Escribano les ponga de manifiesto tal, y tal Escritura, otorgadas por el mencionado B. difunto, que existen en su protocolo; pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

541 Para el cotejo, y comprobacion que el pedimento refiere, se há por nombrado por esta parte à F. Maestro de primeras letras; notifiquese à la otra, que dentro de tercero dia peremptorio nombre por sí, ò se conforme con el propuesto, con apercibimiento, que pasado se nombrará de oficio à su costa; y hecho, evaquen con la citacion correspondiente baxo de juramento ambos Peritos el cotejo que se solicita ante el presente Escribano, à cuyo fin existiendo en su poder las Escrituras que se enuncian,

se

se las manifieste segun se pretende. El Señor Don F. lo mandó.

Diligencia del cotejo, y declaracion de los Peritos.

542 En tal parte, tal dia, mes, y año, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros de primeras letras en esta Villa, quienes, y cada uno de por sí lo hicieron como se requiere, y bajo de él prometieron decir verdad, y habiendoles puesto presentes las dos cartas presentadas en estos autos por F. y asimismo tal, y tal Escritura otorgadas ante mí en tal año por B. difunto: digeron han visto, y examinado con toda atencion, y cuidado asi las firmas de las cartas, como las de las dos Escrituras, y que segun sus caracteres, ayre de la letra, fortaleza de pulso, y otras circunstancias que advirtieron en unas, y otras, y en sus rubricas, son hechas todas por un propio puño, en lo que ninguna duda les queda: y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia, y reglas de su arte, y la verdad, baxo de dicho juramento, en que se afirman, ratifican, y lo firman, y expresan ser el F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas, ò menos de edad, de que doy fé.

Nota duodecima.

Si se quisiere poner antes de la declaracion la aceptacion del nombramiento, y tambien el juramento, se podrá, reiterandolo en la declaracion, pues esto en nada altera la diligencia: previniendo, que à todo Perito se ha de preguntar la edad que tiene, y ponerla, excepto que estén diputados públicamente, pues entonces no es necesario, (aunque no daña) ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso, y admision lo hicieron, como es regular.

Requerimiento à las partes para que presenten mas testigos, si los tubieren.

543 En tal parte, à tantos, &c. yo el Escribano, mediante estár para espirar el termino, por que estos autos se recibieron à prueba, requerí à F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su examen; y enterado, dixo que por ahora no quiere producir mas, y que si lo tubiere por conveniente, los presentará antes que el termino espire: esto respondió, doy fé.

Pedimento para la publicacion de probanzas.

544 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo, que el termino con que se recibieron à prueba, y mucho mas es pasado; por lo que à Vm. suplíco se sirva hacer en ellos publicacion de probanzas por el termino de la ley, para que las partes aleguen de su derecho, y justicia, pues ási procede de la que pido, &c.

Auto.

545 Traslado à la otra parte. El Señor Don F. &c.

Notificacion.

546 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano leí, y notifiqué el auto precedente à F. Procurador de F. en su persona à nombre de su parte, doy fé.

Pedimento acusando la rebeldía, è insistiendo en que se haga la publicacion.

547 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa digo, que habiendo espirado el termino de prueba en ellos concedido, pretendí se hiciese publicacion de probanzas,

zas, de cuya solicitud se comunicó traslado à la parte adversa, la qual sin embargo de habersele notificado, y ser pasado el termino en que debió responder à él, no lo practicó, por lo que le acuso la rebeldía: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y deferir à la publicacion pretendida: pido justicia, &c.

Auto.

548 Por acusada la rebeldía: se hace en este pleito publicacion de probanzas por el termino de la ley; hagase notorio à las partes. El Señor Don F. &c.

Nota decimatercia.

Hecha la publicacion de probanzas, toman las partes los autos, alegan, y concluyen; y si alguna no quiere tomarlos, se practica lo que dexo explicado en el num. 413.

Pedimento de tachas, y abono de testigos.

549 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que de las probanzas hechas en ellos por las partes se hizo publicacion en tal dia; y mediante à que los testigos de que mi parte se valió, son fidedignos, sin vicio, ni defecto alguno, y los producidos por la contraria; à mas de no hacer prueba, como à su tiempo expondré, padecen algunos de ellos varios defectos, y tachas legales, por las quales deben ser despreciados, y repelidos sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia, que con citacion de la otra se la reciba informacion al tenor de los capitulos siguientes.

Si saben, y les consta que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte por tal, y tal causa, digan, y den razon, &c.

Si saben, y es cierto que Juan se perjuró en tal pleito, que F. siguió contra P. en tal año, ante tal Juez, y Escribano; y que como tal perjuro se le impuso tal pena: digan, &c.

Si saben, &c.

Y para que sus dichos, y deposiciones sean repelidos, y ningun credito se les dé en juicio, à Vm. suplico se sirva admitir, y estimar por legitimas las tachas, y defectos que contienen las preguntas referidas; recibir esta causa à prueba de ellas por el termino que Vm. gradúe competente con arreglo à la ley; y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contesto, y otros de que mi parte se valga, abonen los que ésta produjo en su prueba principal, y declaren con juramento, como son personas timoratas, fidedignas, y de toda verdad, y que por tales han estado siempre, y estan reputadas, y conceptuadas entre todos, sin que jamás hayan oído cosa en contrario: y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por infamar à los sugetos en ellas contenidos, sino solamente por convenir à la defensa de mi parte, y su justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto primero.

550 Traslado à la otra parte. El Señor Don F. Corregidor, &c. lo mandó en tal parte, &c. *este auto se notifica à la parte contraria.*

Auto de admision, y prueba de tachas, y abono de testigos.

551 Sin embargo de lo expuesto por parte de D. se admiten quanto há lugar en derecho las tachas protestas à sus testigos por la de N. y recibe à prueba de ellas por tantos dias comunes à entrambos litigantes, à quienes se cite, y haga saber este auto, el qual sea, y se entienda, para que en el propio termino abone tambien el citado N. los suyos, apremiando si fuere necesario, à los de que intente valerse, à que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, y para ello se da comision al Escribano de estas diligencias, y Alguacil de este Juzgado. Con vista de autos lo mandó el Señor Don F. Corregidor, &c.

No-

Nota decimaquarta.

Este auto se debe notificar à entrambas partes, à la una para que pruebe las tachas que opone à los testigos de la contraria, y abone los suyos; y à la otra para que abone tambien los suyos tachados, justificando lo incierto de las tachas propuestas; y si quisiere pueda tachar tambien à los de la adversa en caso de que tengan algunas, proponiendolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio (como se puede hacer) se habrá por presentado, y de él, y del pedimento se ha de conferir traslado, (lo que es al contrario con el interrogatorio sobre la causa principal, pues no se comunica) y la razon de diferencia consiste, lo primero, en que las tachas deben ser especificadas, y el origen de donde provienen, y no viendolas la parte contra cuyos testigos se oponen, no podrá impugnar su admision; y lo segundo, porque en el negocio litigioso si se comunicára el interrogatorio, podria la una sobornar à los testigos de su contendor, à fin de que no depusiesen la verdad, ò buscar otros que sobre los mismos articulos depusiesen tal vez falsamente lo que no habia, y perjudicarle de este modo, haciendole perder su derecho; cuyo riesgo no hay en los de las tachas, pues éstas no miran à los meritos de la causa, y accion, ò excepcion propuesta como el interrogatorio principal, sino à debilitar uno de los medios con que se intentó probar, lo qual es muy diverso, y por eso no hay el inconveniente en que se comunique interrogatorio, ò pedimento en que se proponen, como en el de la causa principal. Los testigos que se presentan, deben ser idoneos, y fidedignos, y se han de examinar, y hacerseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio, y vecindad, al modo que à los del negocio principal, aunque en el pedimento, ò interrogatorio no se exprese, pues sin embargo de que la ley no lo mande, es conveniente para que hagan plena fé, y no se dude de su idoneidad, ni de la verdad de sus deposiciones.

Pe-

Pedimento pretendiendo ampliacion del termino de prueba por via de restitucion.

552 F. Curador ad litem de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que estos autos se recibieron à prueba por el termino de la ley, y habiendo espirado, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia; y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen à su defensa, (*ò por el motivo que haya*) no los presenté, por cuya razon puede ser enormemente leso, y damnifico; y mediante à que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de la restitucion contra el lapso del termino: por tanto, y para que no sea perjudicado, à Vm. suplico se sirva concedersela, y en su consequencia ampliar el termino ordinario por que este pleito se recibió à prueba, por tantos dias, que son su mitad, à fin de que en ellos pueda justificar lo que por la razon expuesta omitió; pues asi es justicia que pido, juro en forma de derecho no pedir de malicia el referido termino, sino por convenir à la defensa de mi menor, imploro el noble oficio de Vm. y para ello, &c.

Auto.

553 Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y por ella competirle el beneficio de la restitucion, se amplía el termino por que se recibieron à prueba, por tantos dias peremptorios comunes à ambas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hagaseles saber, para que en ellos justifiquen lo que les convenga con la respectiva previa citacion por ante el Escribano de estas diligencias: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Pedimento recusando al Juez inferior.

554 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que estos autos se hallan conclusos, y en es-

estado de determinarse: y mediante à que hablando con la judicial modestia, tengo à Vm. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion, à Vm. suplico se sirva haberse por recusado, y acompañarse con otro Juez, (*si lo hubiere en el Pueblo*) ò con Abogado de ciencia, y conciencia, y mandar se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer de malicia esta recusacion, sino unicamente por convenir à la defensa de mi parte, y su justicia, que es la que pido, y para ello, &c.

Auto de recusacion.

555 Se há por recusado su merd. para la determinacion de esta causa, (*ò para lo que sea*) y nombra por su acompañado al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa, al qual, precediendo la notoriedad à las partes para los efectos que haya lugar, se notifique acepte este nombramiento, y jure en la forma ordinaria, (*si fuere Juez el nombrado, se omitirá el juramento*) para lo qual se dá comision à qualquiera Escribano de S. M. el Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó, &c.

Nota decimaquinta.

Este nombramiento se hace saber ante todas cosas à las partes, por si quieren, ò no recusar (como pueden) al acompañado, y si dentro de tres dias siguientes al de su notoriedad nada dixeren, se procede à notificarlo al acompañado, cuya diligencia se estiende en la forma siguiente.

Notificacion, aceptacion, y juramento del acompañado.

556 En tal Villa, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el auto precedente al Licenciado

Don F. Abogado de los Reales Consejos en el contenido en su persona, y enterado de él, dixo que acepta el nombramiento de acompañado que incluye, y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, que evaquará legalmente su encargo, y procederá con rectitud en la determinacion de los autos que se refieren en el pedimento que motivó dicho nombramiento: esto respondió, y lo firma, doy fé.

Nota decimasexta.

En quanto à la recusacion de los Escribanos originarios, y de diligencias he explicado en los numeros 444. al 448. lo que se debe practicar; y respecto ser cosa muy facil, omito estender las diligencias concernientes à ella.

Sentencia difinitiva absolviendo al demandado.

557 En tal parte à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y de N. sobre tal cosa, dixo, que mediante haber probado bien, y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le debia absolver, y absuelve de la demanda que contra él instauró el mencionado D. al qual se impone perpetuo silencio para que jamás pueda subscitarla, ni moverla: y por esta su sentencia difinitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó, y lo firma.

Sentencia difinitiva condenando al demandado.

558 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, el Sr. Don F. Corregidor de ella habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa, dixo que sin embargo de lo expuesto, alegado, y excepcionado por el citado D. le debia condenar, y condena à que dentro de tantos dias primeros siguientes dé, ò pague al referido N. los tan-

tantos reales que tiene pretendido en su demanda con apercibimiento de execucion ; y por esta sentencia difinitivamente juzgando , asi lo pronunció , mandó , y firmó.

Otra sentencia.

559 Dixo debia declarar , y declara que los bienes contenidos en la demanda sobre que se sufrió este pleito, tocan , y pertenecen al mayorazgo que erigió B. y posee el nominado N. al qual manda se ponga incontinenti en posesion de ellos , à cuyo efecto se libre el mandamiento competente ; y condena al citado D. à que los dexe libres, y desembarazados , y à la restitucion de todos los frutos producidos , y que debieron producir desde la contestacion de la demanda , los quales precedida su liquidacion por el presente Escribano , se le notifique pague dentro de nueve dias con apercibimiento de execucion , como tambien las costas procesales causadas , y que se causen hasta el efectivo reintegro , en que igualmente le condena ; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al tasador general : y por esta su sentencia difinitivamente juzgando , asi lo pronunció , &c.

Nota decimaseptima.

Estas sentencias ván estendidas con arreglo al estilo de esta Corte , y las firma el Juez , y autoriza el Escribano , por lo que no hay pronunciamiento. En otros Juzgados las firma el Juez solo , por cuya razon se pone su pronunciamiento separado à presencia de testigos , el que firma el Escribano , y en seguida se notifica à las partes; pero nada se altera en la substancia , y asi se observará el que haya en cada Juzgado.

Pedimento de apelacion.

560 F. en los autos con D. sobre tal cosa , digo que por la sentencia proferida en ellos se manda à mi parte

que pague, ò haga tal cosa; y mediante à que dicha sentencia hablando con la judicial modestia, le es gravosa, y perjudicial, desde ahora apelo de ella para ante quien con derecho puedo, y debo; en cuya atencion: à Vm. suplíco se sirva admitirme dicha apelacion lisa, y llanamente en ambos efectos, y para el de mejorarla mandar se me entreguen los autos, (*ò se me dé el competente testimonio*) pues asi es justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto.

561 Admitese à esta parte la apelacion, que interpone quanto há lugar en derecho, y para el efecto que expresa, se le entreguen los autos por el termino ordinario, (*ò se le dé el testimonio que pide*) el Sr. Don, &c. lo mandó à tantos de tal mes, y año.

Nota decima octava.

Admitiendose la apelacion en ambos efectos, no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite en el debolutivo solamente, como sucede en la via executiva; ò el pleito es de los en que la ley 6. titul. 18. lib. 4. Recop. prohibe su admision, se debe denegar la entrega, porque de hacerse, se priva al que obtuvo en la sentencia, de continuarlos, y pretender la execucion de ésta, mientras los tiene.

Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.

562 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que de la sentencia en ellos proferida por Vm. interpuso apelacion el citado D. la que le fue admitida, y sin embargo de ser pasado el termino en que debió mejorarla, no lo ha hecho, ni requerido con el despacho correspondiente; por lo que à Vm. suplíco se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de co-

cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve à pura, y debida execucion; pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

563 Notifiquese à la otra parte que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que tiene interpuesta con apercibimiento, el Sr. Don F. &c.

Nota decima nona.

Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el termino prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera, y el Juez las há por acusadas, y le concede segundo, y tercero termino, y pasados, dá otro pedimento el que obtuvo, acusandole tercera rebeldía; llama el Juez los autos con citacion de las partes, y citadas con él, pasados tres dias defiere à su solicitud, como expuse en el numero 478. proveyendo el siguiente.

Auto de declaracion.

564 Mediante no haber mejorado la parte de F. la apelacion que interpuso de la sentencia difinitiva proferida en estos autos en tal dia, sin embargo de los terminos que para ello se le han concedido, se declara por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la expresada sentencia, y en su consequencia se lleve à pura, y debida execucion: con vista de autos lo mandó el Sr. Don, &c.

Nota vigesima.

Si la parte condenada no apela de la providencia en el termino legal ante el Juez que la profirió, ò no requiere con mejora, ò despacho de el de alzadas, ò del Tribunal superior, à quien toca el conocimiento en grado de apelacion, debe dar pedimento la otra, acusandole una

una rebeldía, relacionando el contesto de la providencia, y el dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada: à cuyo pedimento debe el Juez providenciar en los terminos que expliqué en el numero 475. y practicarse lo que allí expuse, y el pedimento, y auto se estienden en la forma siguiente.

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

565 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que vistos por Vm. profirió en tal dia sentencia difinitiva, por la qual condenó al enunciado D. en tal cosa, la qual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de ser pasado el termino de apelar, y mucho mas, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía: en cuya atencion, à Vm. suplíco se sirva haberla por acusada, y en su consequencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y mandar se lleve à debida execucion, y que se dé à mi parte el competente testimonio con los insertos necesarios que le sirva de executoria para resguardo de su derecho, pido justicia, y para ello, &c. A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes, &c.* y pasados los tres dias despues de la ultima citacion, se provee el siguiente.

Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

566 Mediante no haberse apelado por parte de D. de la sentencia proferida en tal dia, por la qual se le condenó à tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y ser pasado el termino en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y se le condena à que esté, y pase por su tenor, sin contravenirlo en manera alguna baxo de tal

tal pena aplicada para la Camara de S. M. Dese à esta parte el testimonio que pide con los insertos necesarios: con vista de autos lo mandó el Sr. Don F. &c. *Este auto se hace saber à ambos litigantes.*

Nota vigesima prima.

Siendo en parte absolutoria, y en parte condenatoria la sentencia, ò auto proferido, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá à ello, condenando à entrambos à su observancia. Y si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente, y desiste de la apelacion interpuesta (pues puede hacerlo con consentimiento de su adversario) se debe dar traslado à éste del desistimiento, y conformandose con él, se le habrá por conformado, y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se expresa en el anterior.

Nota vigesimasecunda.

Si el apelante obtiene Real Provision para la remision de autos por compulsa, y emplazar à la parte contraria, se pone este auto: *Vista la Real Provision que precede por el Sr. Don*, &c. *Corregidor de esta Villa, la tomó en sus manos, besó, y puso sobre su cabeza: dixo que la obedecía con el debido respeto, como carta de su Rey, y Señor natural: y mandó se guarde, cumpla, y execute, como en ella se ordena, y lo firmó en esta Villa de tal, à tantos*, &c. y à continuacion de este auto se saca, y pone la compulsa, y concluida, se cita, y emplaza al adversario, para que acuda al Tribunal superior, y luego se cierra, y sella la compulsa, y entrega al apelante para que la presente en la Escribanía de Camara por donde se libró el despacho, à fin de seguir la causa en grado de apelacion, y en los autos originales se pone fé, ò nota del dia que se entregó la compulsa, y à quién, con relacion del despacho, y Escribano que lo refrendó, ò copia de él.

No-

Nota vigesima tercia sobre el papel sellado en que deben estenderse las diligencias de este juicio.

Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones, y otras diligencias que ocurren en el Juicio ordinario, se han de escribir en papel del sello quarto mayor. Las probanzas, è informaciones judiciales en el del sello segundo, el primero, y ultimo pliego, y los del intermedio comun; pero si fueren de nobleza, ò limpieza en qualesquiera Concejos, Chancillerías, y Comunidades de Estatuto, en papel del sello mayor el primero, y ultimo pliego, y en el intermedio comun; y los autos de aprobacion, ò reprobacion de estas pruebas en el del sello segundo. Las requisitorias de emplazamiento, y demás en papel del sello tercero. Las sentencias difinitivas en el del segundo; y las compulsas de autos que se remiten en apelacion, en el propio sello segundo el primero, y ultimo pliego, y en el intermedio comun. Y si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, todo se escribirá en el de el sello de éstos.

CAPITULO II.

DEL JUICIO EXECUTIVO HASTA la sentencia de remate, y su execucion.

SUMARIO.

§. I.

1. *¿QUé es juicio executivo, y à qué fin se introduxo?*

2. *¿Qué cosas traen aparejada execucion?*

3. *¿En qué la trae aparejada la sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada?*

4. *¿Quándo es exequible la de los* Arbitros juris, *y arbitradores?*

5. 6. *¿Qué sentencias se han de executar sin embargo de apelacion?*

7. 8. 9. *¿Y quáles no traen aparejada execucion?*

10. *¿Si será, ò no executiva la executoria dada por Tribunal superior?*

11. *¿Quándo traerá aparejada execucion la confesion del deudor?*

12. *Confesando el deudor haber contraído la deuda, y exceptionando al mismo tiempo que el acreedor se la remitió, ò hizo pacto de no pedirsela, ¿si se deberá, ò no despachar execucion por su importe?*

13. *Remitiendose el confitente en su confesion à algun instrumento, ò papel, ¿por qué cantidad se ha despachar la execucion?*

14. *¿Qué confesiones no la traen aparejada?*

15. *Confesion hecha por el testador en su ultima disposicion, ¿si será, ò no executiva, y en qué casos quedará obligado por ella?*

16. *¿Quándo traerá, ò no aparejada execucion la confesion hecha por el menor?*

17. *Confesion ficta, ù obscura, ¿si la traerá, ò no aparejada?*

18. *¿Si se podrá, ò no despachar execucion en virtud del juramento* decisorio litis, *y del* necesario, ò supletorio?

19. *Vales, letras de cambio, Escrituras privadas, y demás papeles simples, ¿quándo serán, ò no executivos?*

20. *Negando el deudor la deuda, y firma del vale, y reconociendolo los que lo firmaron, ò hicieron de su orden, ò se lo vieron firmar, ¿si habrá lugar, ò no à su execucion?*

21. *Excepcionando el deudor en el acto de su confesion no haber recibido la cantidad que se le pide, y no habiendo pasado dos años desde que contrajo el debito, ¿si se deberá, ò no despachar execucion en su virtud?*

22. *Y habiendo pasado los dos años; ò confesando llanamente, y oponiendo la excepcion despues del reconocimiento; ò renunciandola en el vale, ¿si habrá, ò no lugar à executarle por su importe?*

23. *Pidiendo el acreedor el reconocimiento del vale dentro de los diez años de su fecha: reconociendo el deudor su firma, y negando la deuda, por decir la tiene pagada, ò no haberla contraído; ¿si habrá, ò no lugar la execucion?*

24. *Confesion hecha por el deudor, y reconocimiento puro de Escritura privada, ¿si perjudicarán, ò no à sus acreedores hipotecarios anteriores al reconocimiento, ò à otro tercero?*

25. *¿A quiénes no perjudica la confesion hecha por otros?*

26. *Juez incompetente, ¿si podrá, ò no compeler al deudor à que reconozca el vale que hizo?*

27. *Reconocimiento, ò confesion extrajudicial, ¿para qué, y quándo aprovecha; y si es preciso, ò no que el judicial sea firmado por el que lo hace, para despachar la execucion?*

28. 29. 30. *Instrumento público fé haciente, ¿quándo traerá, ò no aparejada execucion en lo expreso; y para que no se dude de su legitimidad, no siendo conocido el Escribano que lo autorizó, cómo ha de ser legalizado, ò comprobado?*

31. *¿Si será, ò no executivo en lo que tacitamente contiene?*

32. *Testamento solemne, ¿si traerá, ò no aparejada execucion por el legado, y fideicomiso en él dexados?*

33. *Siendo hecho el legado al Confesor del testador en su ultima enfermedad, ò à su Iglesia, Comunidad, ò deudo, ¿si se-*

será, ò no válido, y el Escribano incurrirá en pena por autorizar la disposicion?

34. 35. *Instrumento de* obligacion in factum, *¿si traerá, ò no aparejada execucion?*

36. *¿Y si la traerán, ò no el que no hace fé, y el condicional?*

37. *Instrumento de locacion, y conducion, ¿quándo será, ò no executivo por la tacita reconduccion del año succesivo?*

38. *¿Y quándo lo será, ò no el que se remite à otro?*

39. *Obligacion en que hay intereses, ò lo es de pagarlos por conducir dinero en letra dentro de estos Reynos, ¿si será, ò no executiva?*

40. *¿Si traerán, ò no aparejada execucion la obligacion de satisfacer lo que se perdiò en el juego, y la de los novios, hijos de familia, estudiante, y muger casada?*

41. *Instrumento líquido, y el ilíquido, ¿si serán, ò no executivos?*

42. *¿Si por los alimentos, y por intereses de dote retardada, se podrá, ò no despachar execucion sin necesidad de liquidarlos?*

43. *Pidiendose execucion por lo líquido, è ilíquido, ¿por quál se debe despachar?*

44. *¿Qué circunstancias se requieren para que la traiga aparejada el instrumento que no está liquidado?*

45. *¿Por qué medios se puede liquidar el que no está líquido?*

46. *Liquidacion hecha ante Escribano, ¿quándo será, ò no executiva?*

47. 48. *Cuentas extrajudiciales hechas por las partes, ò por Contadores que eligen: y libros de cuenta que alguno tiene en su casa, ¿si traerán, ò no aparejada execucion?*

49. *¿Quándo se podrá, ò no proceder executivamente contra el obligado à dar cuentas; y una vez dadas, compelerle à reiterarlas?*

50. *Rescriptos, Privilegios, Cedulas, y Provisiones Reales, ¿en qué casos traen, ò no aparejada execucion?*

51. 52. *¿Quáles rescriptos no son válidos?*

53. 54. *Juros, situaciones, libranzas del Rey, ò de sus Ministros, tributos públicos, y Reales, primicias, y diezmos de la Iglesia, ¿quándo serán, ò no executivos?*

55 *¿Qué requisitos son necesarios para que traigan aparejada execucion los pareceres conformes de los Contadores?*

§. II.

56. *¿Qué personas pueden pedir execucion; y qué requisito es necesario para que se les admita en el juicio, si no están nombradas en el instrumento?*

57. *Heredero del acreedor, legatario, testamentario, y comprador de la herencia, ¿si podrá, ò no pedir execucion?*

58. 59. *Fiador ¿por qué cantidad, y contra quiénes puede pedirla?*

60. *Muger viuda ¿por qué cosas puede pedirla?*

61. *Procurador para pleitos, ¿si podrá, ò no pedirla, y cobrar la deuda?*

62. *Para pedirla el cesonario del acreedor, ¿si deberá, ò no hacer constar la causa justa, con que se hizo la cesion?*

63. 64. *Heredero del deudor, ¿si podrá, ò no ser executado por todo lo que este debia, y compelido à reconocer el vale que hizo?*

65. *Siendo dos, ò mas los herederos del deudor, como deberá pedir contra ellos el acreedor, ya proceda por accion real, ò personal?*

66. 67. *Hijo mejorado en tercio, y quinto, ¿en qué casos, y por qué cantidad puede ser executado?*

68. *¿Quáles se llaman herederos* anomalos *del deudor; y si podrán, ò no ser executados?*

69. *Poseedor de la cosa litigiosa, ¿si podrá, ò no serlo?*

70. 71. *¿En qué bienes, y por qué débitos puede serlo la muger casada?*

72. *¿Y si lo podrá ser el socio obligado por las deudas de la compañia?*

73. *Para poder serlo el deudor, ¿qué circunstancias se requieren?*

74. 75. *Fiador, ¿en qué casos puede ser executado sin hacer previa excusion en los bienes del principal obligado?*

76. *¿En qué bienes se puede hacer execucion por las deudas del Concejo?*

77. *¿Si habrá, ò no lugar la execucion contra el comprador de la herencia, y contra el donatario?*

78. *¿Y contra el usufructuario singular, y universal?*

79. 80. *¿Quándo lo habrá contra el tutor por las deudas de su menor; y contra los administradores, factores, y Procuradores por las de sus principales?*

81. 82. *¿En qué casos habrá lugar la execucion contra el tercero poseedor?*

83. *Y para proceder contra él, ¿si será, ò no preciso que tes-*

tenga titulo, ò causa del deudor?

84. *Poseyendo con buena fé el tercero los bienes acensuados, ¿si podrá, ò no prescribir su hipoteca?*

85. *al* 87. *¿Qué bienes son, y se conceptúan raíces, muebles, y semovientes?*

88. 89. *Derechos, y acciones, oficios públicos, censos, y sus réditos, ¿quándo se estimarán, ò no por bienes raíces?*

90. *¿Si se podrá hacer execucion en todos los bienes expresados?*

91. *¿En qué caso no se puede trabar en la alhaja emphiteutica?*

92. *¿Si se podrá hacer en la sujeta à servidumbre: en los frutos que competen al usufructuario: y en los bienes castrenses, quasi castrenses, y adventicios del hijo?*

93. 94. *¿Y en los oficios públicos, que son, ò no renunciables; y en la jurisdiccion libre?*

95. 96. *Bienes dotales de la muger, y sus frutos, ¿quándo pueden, ò no ser executados?*

97. *¿Si podrán, ò no ser executadas las cosas sagradas, y Religiosas, y las Capillas, y sepulturas?*

98. *¿En qué caso podrán serlo el derecho de usufructuar, el mero uso, las cosas puestas en los edificios para su adorno, y las servidumbres Reales?*

99. *¿Y en quál la casa morada, armas, caballos, y mulas de los hijosdalgo?*

100. *Armas, y caballo de otro qualquiera, yeguas de vientre, sus crias, y caballos de sus criadores, y los libros de Estudiantes, y Abogados, ¿si lo podrán ser, ò no?*

101. 102. *Estipendio del Oficial público, el del Soldado, y Doctor que enseña publicamente, el del Clerigo, y los instrumentos de los Oficiales menestrales, ¿si lo podrán ser, ò no?*

103. *¿Si se podrá trabar execucion en el vestido ordinario, cama, y otras cosas necesarias para el uso quotidiano de qualquiera persona?*

104. *¿Quándo podrán ser, ò no executados los bienes de mayorazgo, y sus rentas?*

105. *¿En qué casos se puede, ò no trabar execucion en el derecho que alguno tiene à que otro le alimente?*

106. *No debe trabarse en el trigo del Posito por deudas del Pueblo, ni en cuerpo muerto, ni en los bienes que se dexan à alguno, para que los distribuya entre sus hijos.*

107. *Ni en los de la muger por las deudas, y fianza de su marido.*

Por

108. *Por las deudas del Concejo, ¿qué bienes no deben ser executados?*

109. *Naves estrangeras que traen mercaderías, y bastimentos à estos Reynos, ¿si podrán, ò no serlo por las deudas de sus dueños? Y en quanto à si lo podrán ser los bueyes, mulas, y aperos para cultivar la tierra, y à los privilegios concedidos à los Labradores:* remissive.

110. 111. *Acreedor habiendo intentado la via ordinaria, ¿si podrá, ò no dexarla, y pasar à la executiva?*

112. 113. *Intentando la executiva, y pasando à la ordinaria, ¿si podrá dexar ésta, y continuar aquella: ò quando el deudor le concedió facultad para mudar los juicios: ò hizo protesta de bolver à la executiva siempre que quisiese, al tiempo de incoar la ordinaria? Y si la litis pendencia ante un Juez le impedirá executarle ante otro?*

114. *Acreedor, que tiene accion contra varios deudores, fiadores, ò mancomunados, ¿si pendiente el pleito con uno de ellos, podrá, ò no dexarlo, è intentarlo contra los correos?*

§. III.

115. 116. *¿Qué circunstancias se requieren para proceder executivamente?*

117. *Concurriendo éstas, ¿qué debe hacer el Juez, y à quién ha de entregar el mandamiento executivo?*

118. 119. *¿Qué requisitos han de intervenir para que no se anule la execucion por defecto, ò vicio en las diligencias: y cómo, y por qué orden se ha de trabar siendo personal, ò general hipotecaria la obligacion, que la trae aparejada?*

120. *¿Y cómo si la obligacion hipotecaria es especial?*

121. *¿Cómo se ha de trabar, y portarse los Ministros executores en la diligencia, ya nombre, ò no el deudor los bienes en que se ha de hacer la traba?*

122. *Formando concurso de acreedores el executado, y embargandosele bienes pertenecientes à otro, ¿qué debe hacer éste?*

123. *Despachandose execucion contra el fiador, ¿si podrá nombrar bienes del principal deudor en que trabarla; y qué se debe hacer si resultare ser agenos?*

124. *¿Qué es traba de execucion: en qué estado de la causa se puede ampliar: y qué clausula se ha de poner en la diligencia?*

125. *Dirigiendose la execu-*

cucion contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contraxo la obligacion hipotecaria, ¿en qué bienes se ha de trabar?

126. 127. *¿Cómo se han de inventariar, y en quién se deben depositar los bienes executados; y si son redituables, qué se ha de hacer?*

128. *Manifestando la muger del deudor su carta de dote, ¿si se la deberá nombrar, ò no depositaria de los bienes executados?*

129. *Pudiendo, ò no ser habido el deudor, ¿cómo se le ha de notificar el estado de la execucion?*

130. 131. *No pagando la deuda dentro de las setenta y dos horas siguientes à la de la notificacion de estado, ¿en qué pena incurre; y qué debe advertirle el Escribano al tiempo que le notifique?*

132. 133. *Bienes executados, ¿cómo deben venderse: en qué dias se han de dar los pregones: y qué ha de preguntar el Escribano al deudor en quanto à darlos, y à su termino?*

134. *Existiendo el executado con sus bienes en otra jurisdicion, ¿qué pregones se han de dar, y en qué termino?*

135. *¿Y quántos, y en quál, si se trabó la execucion en bienes muebles, y raices; ò se mejoró en otros que no se pregonaron; ò se trabó en muebles, y mejoró en raices?*

136. *Renunciando el deudor, y dando por dados los pregones, ¿si será, ò no preciso que se pase su termino?*

137. 138. *¿Quándo es superfluo darlos, y basta fixar edictos, ò cedulas en los parages públicos?*

139. 140. *Notificado el estado de la execucion, ò antes de notificarlo al deudor, ¿si le deberá requerir, ò no el Alguacil que afiance de saneamiento, y en su defecto prenderle; y à qué se ha de obligar el fiador?*

141. *¿Qué personas han de ser presas no dando la fianza de saneamiento?*

142. *Hijosdalgo no deben ser presos por deuda, aunque no dén la fianza, excepto en ciertos casos.*

143. *¿De quántas maneras es la nobleza, y quál se llama de privilegio?*

144. 145. *¿Quántas clases hay de privilegios de nobleza?*

146. *¿Quál se llama* nobleza de sangre; *de quién ha de provenir; y en qué se diferencia de la* hidalguia?

147. *¿Cómo se prueba la nobleza concedida, y la que llaman de sangre, cuya concesion no consta?*

148. *¿A quiénes están comparados los hijosdalgo de executoria?*

149. *¿Qué es* solar, *y* solariego; *y para ser llamados hijosdalgo de solar conocido, qué es necesario?*

150. 151. *Nobleza de* bondad, *ò virtud es superior à las de sangre, y privilegio.*

152. *Juez que entiende en la causa executiva, ¿si podrá, ò no conocer de la nobleza, y determinarla; y à quién perjudicará la determinacion?*

153. *Manifestando el executado papeles de su nobleza à los Ministros de la execucion, ¿qué deben hacer?*

154. *al* 156. *¿Qué personas, aunque no sean nobles, gozan del privilegio de nobleza para no ser presas por deuda puramente civil?*

157. *Muger, ¿si podrá, ò no ser presa por deuda; y si conservandose viuda, gozará, ò no de la nobleza de su marido?*

158. *Menor, enfermo, pregonero, y heredero, que aceptó la herencia con beneficio de inventario, ¿si podrán, ò no ser presos por deuda?*

159. *Tutor, Factor, Administrador, Procuradores de Cortes, muger casada deshonesta, y el que tiene tres años doce yeguas de vientre, ¿si podrán, ò no serlo por ella?*

160. *¿Quiénes no deben ser reconvenidos civilmente en mas de su posibilidad?*

161. *Concursante, ¿si podrá, ò no serlo, y pedir alimentos de sus mismos bienes?*

162. *Duques, Condes, Marqueses, Señores Jurisdiccionales, y poseedores de mayorazgo sin dignidad, formando concurso de acreedores, ¿si deberán, ò no ser alimentados de los bienes concursados?*

163. *Litigando entre sí los referidos privilegiados, ¿si gozarán, ò no unos contra otros del beneficio, y sus fiadores?*

164. *¿Qué debe hacer el Alguacil quando el mandamiento executivo se dirige contra las personas de los que gozan del beneficio de la* competencia; *ò solamente contra los bienes del que ninguna esencion tiene?*

165. *¿Quándo se ha de citar de remate el executado; y qué debe advertirle el Escribano al tiempo que le cite?*

166. *No dexandose ver el executado; teniendo dos habitaciones, ò siendo vago, ¿qué diligencias se deben practicar para citarle?*

167. *Existiendo fuera del territorio del Juez, que entiende en los autos executivos, ¿qué ha de hacer éste: y si se deberá, ò no*

no citar de remate, y para los pregones à los deudores del executado?

168. *Hallandose los bienes executados en poder de terceros poseedores, ò acreedores ausentes conocidos, ò inciertos, ¿qué se debe practicar?*

169. *Compareciendo en el juicio el executado antes que se le cite de remate, ¿qué debe hacer el Juez?*

170. *No siendo suficientes para pagar la deuda los bienes executados; si por esta causa se mejorare en otros la execucion; ò se despacharenuevamente; ò quando el pleito estubo suspenso un año, ò mas, ¿qué se ha de practicar?*

§. IV.

171. 172. *HEcha la citacion de remate, y pasado el termino prefinido al executado para oponerse à la execucion, ¿qué ha de hacer el Juez, ya se oponga, ò no à ella?*

173. *¿Quántas clases de excepciones puede oponer el executado en la via executiva?*

174. *¿Qué es* paga, *y en qué termino debe probarla el executado?*

175. *¿Si se podrá, ò no hacer por presuncion de derecho la prueba de ella?*

176. *¿Cómo se entiende el pacto, ò promesa de no pedir la deuda?*

177. *Para que la excepcion de* falsedad *enerve la execucion, ¿quál ha de ser, y en qué termino se ha de probar?*

178. *¿Quándo la enervará la excepcion de usura?*

179. *¿Quáles han de ser la* fuerza, *y* miedo *para elidir el contrato; y en qué termino se han de justificar?*

180. 181. *¿Qué es* compensacion; *quándo enervará la execucion; ante qué Juez puede ponerla el executado; y en qué termino la ha de probar, ya la ponga por via de excepcion, ò reconvencion?*

182. *¿Y si podrá, ò no oponerla habiendo jurado en el contrato no excepcionarla?*

183. *¿De qué cosa se puede admitir la compensacion?*

184. *¿Quándo pueden, ò no los socios, y personas que poseen comunalmente alguna cosa, compensar mutuamente el daño, que se han hecho, ya intervenga, ò no dolo, ò culpa; y si el deudor de la sociedad podrá compensar su debito con lo que le debe uno de los socios?*

185. *Fiadores, y personero de alguno, ¿si podrán, ò no compensar su credito, y el de es-*

te con lo que los acreedores les deben, ò al deudor principal?

186. *¿Qué han de practicar el hijo de familia que defiende à su padre, y el que comparece en juicio por otro sin su respectivo poder, para que se les admita la compensacion?*

187. *¿Quiénes no pueden pretender en juicio la compensacion?*

188. *¿De qué cosas no se admite?*

189. *¿Enerva la execucion la excepcion de* transacion?

190. *¿Qué es* novacion de contrato; *de quántas maneras; y por qué se llama asi?*

191. *Para que se entienda que hay novacion, ¿qué es necesario?*

192. *¿Por qué actos no se hace?*

193. 194. *¿Y en qué casos se induce?*

195. *al* 197. *¿Qué es* delegacion: *qué requisitos son necesarios para que por ella se haga novacion: y quándo el deudor, y el delegado, ò el uno solo quedarán obligados, ya sea simple, ò condicional la obligacion, y novacion?*

198. *¿Quiénes no pueden novar contrato de otro?*

199. 200. *Excepcion de* nulidad *del contrato, sentencia, ò instrumento, en cuya virtud se instaura la via executiva, ¿si se admitirá, y la elidirá, ò no?*

201. *¿Quándo impedirá el progreso executivo la* simulacion *de contrato?*

202. *al* 206. *¿De quántos modos se comete la simulacion; quién puede alegarla; y cómo se ha de probar?*

207. 208. *Excepcion de no contener el instrumento la causa de deber, ¿si impedirá, ò no la execucion?*

209. *¿Qué es* prescripcion, *y por qué razones fue introducida?*

210. *al* 212. *Prescripcion, ¿si impedirá, ò no la execucion, y quándo?*

213. *¿Contra qué personas no corre la prescripcion?*

214. *¿Desde quándo se cuenta la prescripcion de sentencia, executoria, è instrumento, puro, condicional, ò à dia cierto, para que impida la execucion?*

215. *¿Y desde quándo si el instrumento es de censo, ò de pagar legado, ò pension annua?*

216. *al* 219. *En los papeles simples, ¿desde qué dia empieza à correr, y contarse el termino, y prescripcion, si el deudor los reconoce, ya confiese, ò niegue la deuda?*

220. *¿Por qué actos se interrumpe la prescripcion en la via executiva?*

¿Y

221. *¿Y por quáles se perpetúa la accion executiva?*

222. *¿Quánto tiempo tiene para pedir su deuda el acreedor que calla en los diez años despues de contraída; y quánto los criados de servicio, y los Boticarios, Joyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes, y otros?*

223. 224. *Pidiendo execucion el acreedor dentro de los diez años por las pensiones de un censo: oponiendose à ella el executado: excepcionando sobre la legitimidad del débito, è instrumento: y convirtiendose en ordinaria la via executiva: declarandose válido el instrumento: y siendo condenado el reo al pago, ¿si en virtud de la sentencia confirmada se podrá despachar execucion no solo por las pensiones de los diez años, sino por las posteriores; ò será necesario seguir otro juicio ordinario, y esperar nueva sentencia?*

225. *Excepcion de no ser* público, authentico, *ni* original *el instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, ¿si será, ò no legitima, para impedir su progreso?*

226. *¿Y si lo será la de no estár registrada la Escritura hipotecaria en la oficina de hipotecas del partido, en que están situadas las fincas gravadas?*

227. *Excepcion de no estár cumplido el plazo de la paga, ò la condicion puesta en el instrumento, ¿si impedirá, ò no el progreso de la via executiva?*

228. *Siendo puro el instrumento, y no conteniendo plazo para pagar el debito, ¿dentro de qué termino puede reconvenir el acreedor al deudor por su importe?*

229. *Excepciones, que tienen su tendencia al executante, impiden la execucion.*

230. *La* declinatoria *de* fuero *ha lugar en la via executiva.*

231. *Y la excepcion de estár pendiente compromiso sobre lo que se pide: y tambien quando se pretende la execucion en virtud de sentencia arbitraria, sin observar los requisitos legales.*

232. *Excepcion de no estár compreendida en el instrumento la cantidad, porque se pidió la execucion, ¿si la impedirá, ò no?*

233. *El no ser el principal el instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, ¿si será, ò no excepcion obstativa de ella?*

234. *No es executiva la obligacion con juramento que hace el lego en los casos en que está prohibido interponerlo; ni la en que se somete al Juez Eclesiastico, sin deber someterse.*

235. 236. *¿En qué casos im-*

pedirán, ò no la execucion las excepciones, que la moderan, ò al instrumento, en cuya virtud se despachó, y las que vienen por la naturaleza del contrato, como inherentes à él?

237. *Excepcion de* reconvencion, *¿quándo impedirá, ò no el progreso executivo?*

238. 239. *¿Si será, ò no admisible en la via executiva la excepcion de la* non numerata pecunia; *y quándo deberá oponerla el executado, para que se exima del cargo de probarla?*

240. *Excepcion, que de la execucion puede originarse, es obstativa de su curso.*

241. 242. *Son obstativas de la execucion las excepciones, que por derecho comun se pueden oponer, y las que el reo podia objetar en la Provincia en que se celebró el contrato, ò profirió la sentencia.*

243. *¿Quál se llama* dolo bueno, *y quál* malo; *y quándo la excepcion de éste se admitirá, ò no en la via executiva?*

244. *¿De quántos modos se comete el dolo?*

245. *¿Contra quiénes se puede oponer la excepcion de dolo?*

246. *¿A quiénes daña, ò no?*

247. *¿Si se podrá, ò no renunciar el dolo; y si habiendo intervenido en un contrato, y confirmandose éste por otro sin él, y usando el actor de el de confirmacion, podrá, ò no el reo oponer la excepcion de dolo, que en virtud del primero le compete?*

248. *¿Quándo se admitirá, è impedirá, ò no la via executiva la excepcion de* lesion *en mas, ò menos de la mitad del justo precio?*

249. *¿Si será, ò no admisible en ella la excepcion de error de calculo?*

250. 251. *¿No lo es la de* division *entre los mancomunados?*

252. *Excepcion de* restitucion in integrum, *que compete à los menores, ¿si se admitirá, ò no?*

253 *¿En qué casos basta que los menores, y la Iglesia aleguen la lesion, y no necesitan probarla para ser restituídos?*

254. *¿Y en quál se admitirá en la causa de apelacion la excepcion que despreció el Juez inferior?*

255. *al* 258. *Oponiendose el reo à la execucion, ¿qué termino se le ha de conceder para probar sus excepciones; desde quándo empieza à correr; y cómo se debe contar, ya sean, ò no utiles todos los dias de él?*

259. *No se debe prorrogar el termino à instancia del reo; pero puede disfrutarlo, y tomar los autos primero que el actor.*

¿Si

260. 261. *¿Si à instancia de éste se podrá, ò no prorrogar; y qué circunstancias han de intervenir para prorrogarlo?*

262. 263. *¿Por qué medios pueden los litigantes hacer sus probanzas en la via executiva? y haciendolas el reo por testigos, ¿en qué termino han de ser juramentados, y examinados?*

264. *Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, ¿qué debe practicar, ya existan, ò no en el territorio del juicio? ¿Y si se admiten, ò no tachas de ellos en el executivo, y demás sumarios?*

265. *Aunque haya espirado el termino, ¿puede pretender el reo antes del remate que el actor jure de calumnia, y posiciones?*

266. *al* 268. *¿Si à instancia del reo se podrá, ò no suspender el termino para probar sus excepciones por testigos, instrumentos, ò declaracion del acreedor; y examinar sus testigos durante la suspension?*

269. *Si pasado el termino piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado, y alegar, ¿qué se ha de hacer?*

270. *¿Quándo se pueden oponer excepciones contra la sentencia?*

271. 272. *Las que se oponen contra su execucion, y moderan ésta, ò contra la accion intentada, ¿si se podrán, ò no alegar despues de la misma sentencia?*

273. *¿Quáles se llaman* meros executores, *y quáles* mixtos?

274. 275. *¿Y si podrán, ò no admitir excepciones contra la execucion?*

276. 277. *Juez requerido, ¿si podrá admitir contra la execucion las excepciones que oponga el tercero poseedor, y difinirlas; ò deberá remitirlas al requirente para que las difina?*

§. V.

278. 279. *VIstos los autos por el Juez, ¿qué ha de hacer?*

280. *Depositando el executado parte del debito dentro de las setenta y dos horas siguientes à la de la notificacion de estado, y consintiendo se entregue al acreedor; si al mismo tiempo excepciona tener satisfecho el resto, y lo prueba en el termino legal, ¿qué ha de practicar el Juez?*

281. *¿Y qué, si despues de pasadas deposita toda la cantidad por que se le executó?*

282. *¿Si deberá, ò no pagar decima, ò otro derecho de execucion, depositando la deuda dentro de veinte y quatro horas si-*

guien-

guientes al requerimiento, ò mostrando contenta de su acreedor?

283. Oponiendo el executado por accion real excepciones contra la execucion, y probandolas en el termino legal, ¿si habrá, ò no lugar à sentenciar la causa de remate?

284. Si el executado por accion personal no se opone à la execucion, ò aunque se oponga, si no prueba en los diez dias legales las excepciones que alegó, ha de sentenciar el Juez la causa de remate.

285. Y si alega que los testigos de que intenta valerse, existen fuera del Arzobispado, ù Obispado, ¿qué debe hacer el Juez?

286. al 288. ¿Quándo ha de dar el acreedor solo, y éste, y tambien el deudor la fianza de la ley de Toledo; y à qué se han de obligar sus fiadores?

389. al 292. Despachandose la execucion en virtud de transacion, ò de sentencia arbitraria, ò confirmatoria de pareceres conformes de Contadores, ¿qué fianzas debe dar el acreedor; y si dandolas, se ha de executar, ò no la sentencia de remate sin embargo de apelacion?

293. Sentencias de remate, quándo se deben, ò no executar, aunque se alegue nulidad de ellas?

294. ¿Si producirá, ò no excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el executivo, y en otros sumarios?

295. Dadas las fianzas ¿qué diligencias se deben practicar para hacer pago al acreedor, y para la venta, y remate de bienes del deudor?

296. ¿En dónde se ha de celebrar el remate?

297. ¿Cómo se ha de proceder en las posturas, y à quiénes se deben comunicar?

298. ¿En qué postor se ha de efectuar el remate, ya haya dos totalmente iguales, ò el uno que dé menos, pero con mejor condicion? y si admitida la postura de uno, ¿quedará, ò no libre el primero en Rentas Reales, ò de Señores, ò en otras cosas que se subastan?

299. Pariente del deudor, ¿si podrá, ò no retraer los bienes abolengos de éste rematados en un estraño; y quándo le preferirá el acreedor?

300. 301. Celebrado el remate de bienes executados, ò de Rentas Reales, y de Señores, y aceptado por el postor, ¿si se podrá, ò no abrir, y admitir puja?

302. 303. ¿A qué personas compete el beneficio de restitucion, para que por lesion, dolo, ò malicia en la venta de sus bienes

nes se admita la puja ; y dentro de qué termino lo han de pretender ?

304. *¿A quién se ha de hacer saber la puja, que por via de restitucion se admita ; y si se podrá, ò no admitir otra?*

305. *Aceptado el remate por el postor, ¿qué diligencias se han de practicar hasta la venta judicial de los bienes rematados?*

306. *No alcanzando para pago del principal, y costas el precio de los bienes rematados, ¿contra quién se ha de repetir?*

307. *Comprador de los bienes subastados, ¿quándo quedará, ò no libre de las molestias del deudor?*

308. 309. *¿Y si lo quedará, ò no de las de los acreedores que comparecieron en el concurso ; ò fueron citados en sus personas, y no comparecieron ; ò llamados por edictos : y de las del estraño dueño de la alhaja vendida en concepto de ser propia del concursante ?*

310. *¿Qué personas puede compeler la Justicia à comprar los bienes que se subastan ; y por qué deudas ?*

311. *Para que el acreedor pueda ser compelido à tomar en pago de su credito bienes de su deudor, ¿qué circunstancias se requieren ; y qué titulo le ha de dar el Juez, ya sean muebles, ò raíces?*

312. *Si de la venta hecha en pública subasta, y de la adjudicacion* in solutum *¿se deberá pagar, ò no alcabala ?*

313. 314. *¿A qué personas está prohibido comprar los bienes que se venden en almoneda?*

315. *al* 317. *Acreedor, ¿si podrá, ó no comprar por sí, ò por interposita persona los bienes que à su instancia se subastan ; ò pretender se le dén* in solutum *por la tasa, en caso de no haber comprador?*

318. *Dandose* in solutum *al fiador los bienes del deudor, por haber satisfecho la deuda ; ò habiendolos comprado en almoneda, ¿si deberá, ò no bolverlos à éste, ò à qualquiera acreedor, restituyendole lo que desembolsó?*

319. *¿En qué casos no quedará obligado el deudor al saneamiento de los bienes que se le subastaron ?*

320. *al* 325. *¿Y en quáles tendrá, ò no accion para recuperar los que se le vendieron judicialmente, ò se adjudicaron à su acreedor?*

§. VI.

326. 327. *¿Quál se llama* tercero opositor, *y quántas clases hay de ellos ?*

328. 329. *Ante qué Juez, y*

y en qué estado de la execucion puede oponerse à ella el tercero?

330. *¿Y qué basta para que se le admita la oposicion, no siendo maliciosa?*

331. *¿Quándo estará, ò no obligado à proseguir los autos en el estado en que se hallen?*

332. 333. *¿En qué casos la oposicion del tercero suspende el curso de la via executiva, y se le han de entregar, ò no los bienes executados?*

334. 335. *¿En quáles la de un acreedor instituído heredero del deudor, que como tal heredero es executado por otro acreedor, la suspenderá?*

336. 337. *¿Y en quáles se suspenderá, ò no la execucion, y venta de bienes, si estando executando al deudor un acreedor hipotecario, ocurre antes de la sentencia, y su execucion otro tambien hipotecario, ò personal privilegiado, acreditando ser preferido al executante, y pretendiendo se le pague primero que à éste.*

338. *Estando executando al deudor un acreedor; si ocurre otro, cuyo credito, aunque anterior en la obligacion, es posterior en el plazo de la paga, ¿quál será preferido?*

339. *Admitida la oposicion del tercero, ¿qué se debe practicar, y cómo se ha de seguir la causa?*

340. *¿Quándo se ha de executar, ò no sin embargo de apelacion, y nulidad, precediendo fianza, la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ò mas terceros?*

341 *Bienes de mayorazgo, aunque estén gravados con facultad Real, han de ser executados, hecha previa excusion en los libres del que los obligó, y no antes.*

§. VII.

342. 343. *¿Quándo ha de ser, ò no condenado en costas el litigante vencido?*

344. *Sentenciandose la causa de remate, ¿si deberá, ò no el deudor pagar decima del debito; y por quánto tiempo prescribe la costumbre de exigirla?*

345. *¿Hasta quándo no puede exigir la decima el Alguacil: y si dirigiendose el mandamiento executivo contra varios deudores por diversas deudas, podrá, ò no llevar decima de cada una?*

346. *¿En qué casos no debe pagar decima el executado?*

347. *Perteneciendo la deuda al Fisco, ò à la Hermandad, ¿qué debe pagar el deudor en lugar de la decima?*

348. *Haciendose muchas executiones por una deuda, ¿si se deberá mas que una decima;*

y

y si exigiendose, se podrán llevar derechos por las diligencias de execucion?

349. *Obligandose por el todo* in solidum *dos, ò mas deudores à la solucion de una cantidad; pagando al acreedor el que fue executado; y repitiendo éste con su lasto contra los correos mancomunados, ¿si se deberá, ò no mas que una decima?*

350. *Pidiendo execucion el acreedor por mas que lo que se le debe, ¿en qué pena incurre?*

351. *Entendiendo en la execucion dos Jueces, ò Ministros executores, ¿si deberán, ò no partir la decima: y en caso de dudarse si el executado debe, ò no pagarla, quién lo ha de declarar?*

§. final.

352 *PEdimento pidiendo execucion.*

353. 354. *Auto, y mandamiento de execucion.*

355. *Traba de execucion con su nota.*

356. *Requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y su nota.*

357. 358. *Auto, y mandamiento para la soltura del deudor, y su nota.*

359. *Notificacion de estado.*

360. *al* 362. *Pedimento del acreedor para citar de remate al deudor, auto, y citacion de remate con su nota.*

363. 364. *Pedimento del deudor oponiendose à la execucion, auto, y su nota.*

365. 366. *Sentencia de remate, y mandamiento de pago.*

367. *Auto absolviendo al executado.*

368. *Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion con su nota.*

369. *Auto declarando no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibiendo el pleito à prueba.*

370. *Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago.*

371. *Pedimento del acreedor nombrando perito para la tasacion de la casa executada.*

372. 373. *Auto, y notificacion al deudor con su nota.*

374. *Notificacion, y aceptacion de los peritos.*

375. 376. *Citacion à las partes, y tasacion de la casa con su nota.*

377. 378. *Pregones para la venta, y su nota.*

379. 380. *Cedula, y fé de fixacion.*

381. 382. *Pedimento haciendo postura, auto, y su nota.*

383. 384. *Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate, auto, y su nota.*

385. *Remate de alhaja, raiz*

perteneciente al deudor, con su nota.

386. 387. *Pedimento para la aprobacion del remate, auto, y su nota.*

388. 389. *Liquidacion de cargas, auto, y su nota.*

390. *Auto de aprobacion de la liquidacion con su nota.*

391. *Mandamiento para dar posesion de la cosa vendida, y su nota.*

392. *Cesion del remate de la cosa comprada, y su nota.*

393. *Libramiento para hacer pago à un acreedor, y su nota.*

394. *Pedimento para que se adjudiquen* in solutum *al acreedor los bienes executados, y su nota.*

395. *Auto de adjudicacion* in solutum *de alhaja raiz con su nota.*

396. *Auto de adjudicacion* in solutum *de bienes muebles.*

397. 398. *Nota sobre dar posesion prendaria al acreedor, y auto, y mandamiento.*

399. *Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdicion, notificarle el estado de la execucion, y citarle de remate.*

400. *Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdicion.*

401. *Otra contra un deudor vecino de Pueblo diverso de el del juicio.*

402. *Suplicatoria para Tribunal superior con su nota, y otra sobre el papel sellado correspondiente à los pedimentos, autos, y diligencias del juicio executivo.*

§. I.

QUE ES JUICIO EXECUTIVO, Y QUE cosas traen, ò no aparejada execucion.

1 EN el capitulo primero de este libro expliqué à mi ver con bastante claridad, y extension para instrucion del Escribano principiante el modo de substanciar el juicio civil ordinario; paso à explicar con la misma el de seguir el civil executivo. Es este un juicio sumario introducido à beneficio de los acreedores, para que sin que experimentasen los dispendios, y dilaciones de la via or-

ordinaria, ni fuese preciso observar las solemnidades del orden judiciario, consiguiesen brevemente (atendidas solo la verdad, y equidad) el cobro de sus creditos, y no se les impidiese el exercicio de sus artes, y custodia de sus familias, en que tanto interesa el Estado. (1) Y respecto à que aunque tiene tanta eficacia, es tan delicado, que sino se sabe seguir, no solo se convierte facilmente en ordinario, y no se precaven los inconvenientes, porque se introduxo, sino que à mas de esto prescribe el derecho de executar que conocte al acreedor, quando no acude à usar de él en tiempo, y forma: para perfecta, y radical instrucion theorica, y práctica del Escribano principiante mediante padecerse en su substanciacion mucha ignorancia, especialmente en los Pueblos, explicaré methodica, y doctrinalmente en los §§. de este capitulo lo que me enseñó el estudio de las leyes, y Autores de la nota mas recomendable, y ví practicar en los Tribunales Reales, superiores, è inferiores de esta Corte.

2 Traen aparejada execucion regularmente en estos Reynos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma, y por los motivos referidos en el capitulo 1. de este libro numero 480. La executoria dada por Tribunal superior competente, ya sea confirmando, ò revocando la sentencia del Juez inferior. (2) La confesion de la deuda hecha en juicio, y el juramento litis decisorio. (3) Los conocimientos, vales, y papeles simples, despues de reconocidos con juramento por el que los hizo, ante Juez competente, ò de su orden por escrito ante Alguacil, y Escribano, ò ante éste solamente, aunque no contengan expresion del dia, mes, y año en que se hicieron. (4) El ins-

(1) Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Paz in Praxi tom. 1. part. 4. Summar. al princip. n. 4. y cap. 1. n. 40. al fin. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicat. in declaration. leg. Regn. limit. 4. n. 7.

(2) Leyes 3. y 6. tit. 17. lib. 4. Recop. y el tit. 27. de la Partid. 3.

(3) Ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. y ley Post rem 56. ff. de Re judicat. Parlador. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §§. 3. y 4.

(4) Ley 119. tit. 18. Partid. 3. y leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. dicho Parlador. ibi. §. 5. n. 7. 17. y 20.

instrumento público, ò authentico que hace fé. (1) La liquidacion, ò intrumento simple líquido de cantidad, daños, è intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad expuesta. (2) Los libros, y cuentas extrajudiciales hechas por las partes, ò por los Contadores que elijen, si éstas las reconocen en juicio, segun queda dicho, ò en instrumento público, y no de otra suerte. (3) El Rescrito, Cedula, ò Provision del Rey, ò Principe que no reconoce superior en lo temporal, y los Reales Privilegios. (4) Los juros, libranzas, y situaciones que se dan por el Rey, ò por quien en su nombre tiene potestad, contra sus Thesoreros, Cobradores, Administradores, y Arrendadores de su Real haber. (5) Y los pareceres conformes de los Contadores. (6) De cuyas clases de documentos trataré ordinal, y separadamente en los numeros succesivos, pues padece sus limitaciones, y tiene sus ampliaciones lo que en éste queda sentado.

3 La sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en contradictorio juicio con audiencia de los contendores, y consentida por éstos expresamente, ò con su tacita annuencia por no haber apelado de ella, no solo trae aparejada execucion en lo expreso, sino tambien en lo que tacitamente contiene, aunque despues conste que es injusta. (7)

4 La trae igualmente la de los *Arbitros juris*, y arbitradores, ò amigables componedores, siendo dada en el termino prefinido, y sobre lo comprometido, y presentan-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi. §. 11.

(2) Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 11. Parlador. ibi. §. 12. limitat. 4. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 5. 8. y 15. Vela disert. 24. Ciriac. controvers. 424.

(3) Parlador. lib. part. y cap. dichos, §. 6. Escobar de Ratiocin. cap. 10. 11. y 12. Garcia de Expens. cap. 20. n. 22.

(4) Leyes 29. à la 32. tit. 18 Partid. 3.

(5) Ley 14. tit. 7. y ley 9. titul. 16. lib. 9. Recop.

(6) Ley 24. y Auto 1. tit. 21. lib. 4. Recop.

(7) Ley 19. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 27. Partid. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 151. Parlador. ibi. §. 1.

tandose el compromiso con ella signada de Escribano; la qual se debe executar por el Juez ordinario, y no por ellos, porque no tienen jurisdicion, ni nace accion de lo que han juzgado: (1) y por lo mismo quando están entendiendo en algun negocio, si se ofrece hacer prueba fuera del territorio, han de acudir las partes à su Juez ordinario, para que à este efecto libre sus despachos, pues los compromisarios carecen de potestad para expedirlos, y aunque los expidan, no serán obedecidos.

5 Se ha de executar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote, y alimentos en caso de ser pobre la parte, à cuyo favor se profirió; ò sobre jornales, ò estipendios por paga de trabajo. (2) La que consiste en pena de ordenanza, y no excede de 10∂. maravedis. (3) La dada sobre sepultar algun difunto; proveer de tutor à los menores; y recoger frutos, quando de diferir su recoleccion, puede irrogarse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, à menos que sea notoriamente injusta. (4) Y la de los Arbitros, y Arbitradores, dandose previamente las fianzas expresadas en el capitulo 4. de mi primera parte §. 5. num. 138: ò aunque se pida reducion à alvedrío de buen varon, ò interponga otro recurso. Y lo propio milíta en las transaciones hechas ante Escribano. (5) Previniendo que la de los Arbitros si se consiente, ò no se contradice en el termino legal, que son diez dias, se ha de executar sin fianzas. (6)

6 Tambien se ha de executar sin embargo de apelacion la que confirma, ò aprueba los pareceres conformes de

(1) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y ley ultim. tit. 4. Partid. 3. Parlador. ibi. §. 2. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 1.

(2) Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. y 2 y part. 3. cap. 16. n. 35. Acev. en la ley 9. tit. 15. lib. 4. Recop. n. 38. Carlev. tit. 1. disp. 6. per tot.

(3) Ley 9. tit. 18. lib. 4. Recop.

(4) Ley 6. tit. 18. lib. 4. Recop. y en ella Acev. n. 11.

(5) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. Sr. Salg. de Reg. cap. 13. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 12.

(6) Ley 23. y ley fin. tit. 4. Partid. 3. y en esta el Sr. Gregor. Lop. glos. 7. cap. 3. y 4. Ut lite pendente, y cap. 14. de Re judic.

de los Contadores, ya se nombren por las partes, ò de oficio en rebeldía de alguna, dandose primero la fianza prevenida en dicho cap. y §. num. 139. por la que obtuvo la confirmacion; (1) la qual debe pedir ante todas cosas que se execute, y que en su consequencia mediante la fianza se la posesione, y entreguen los bienes que se la aplican, y que hecho, use la parte adversa de su derecho como la convenga, y sobre ello formar articulo. Y en los propios terminos se ha de executar la que se profiere à favor del Real Fisco; (2) lo qual se entiende, estando justificada, y convencida, aunque no sea por confesion de la parte.

7 No trae aparejada execucion la sentencia dada contra el Juez, para que restituya las costas, y salarios que llevó; à menos que sea citado, y oído, porque es proferida sin verdadero conocimiento de causa; y asi no surte otro efecto que el de simple citacion. (3) Pero por las condenaciones que hubiere recibido, sí, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria, sin ser citado; y asi se practica.

8 Tampoco la trae aparejada el mero precepto del Juez, en que manda à alguno que haga, dé, ò pague à otro cierta cosa, ò cantidad, sin citarle, ni oirle, (à cuyo precepto llaman *de solvendo*) pues por defecto de audiencia no cobra vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, antes bien se convierte en simple citacion, (4) como expuse en el cap. 1. de este libro num. 455. Y si contiene causa justificativa, y el negocio es, ò no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede, ò no executar; (5) pero en práctica no he visto executarlo.

Asi-

(1) Ley 24. y Auto 1. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ley 13. tit. 23. Partid. 3. verb. *Eso mismo decimos*: ley Abstinendum, y ley fin. Cod. Quorum appellat. non recipiantur.

(3) Ley 20. tit. 2. lib. 3. Recop. Gom. en la 76. de Toro, n. 8. vers. *Pro cujus*: y lib. 3. Var. capit. 1. n. 43. Sr. Valenz consil. 6. Sr. Covar. Pract. cap. 23. n. 6.

(4) Ley 22. tit. 22. Partid. 3.

(5) Parlador. lib. 2. part. 1. cap. ultim. §. 1. n. 22. Sr. Solorz. lib. 3. Polit. cap. 3. verb. *Porque*: Gom. lib. 3. Var. cap. 1. n. 43.

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio; (1) à menos que por conjeturas parezca que la pretende con malicia: (2) ni las de que traté en el cap. 1. de este libro desde el num. 482. al 489. Previniendo que la sentencia nula por su naturaleza no se debe executar, aunque la execucion provenga de ley. (3)

10 La executoria dada por Tribunal superior, confirmando, ò revocando la sentencia del Juez inferior, trae aparejada execucion, y en ésta ha de actuar el mismo Juez que profirió la sentencia, (4) como sentè en dicho cap. 1. num. 500. Lo qual se entiende subsistiendo en el mismo Juzgado, pues si no subsiste, toca al que le suceda en él. En quanto à si se debe, ò no executar quando se opone la excepcion de nulidad, veanse los Autores, (5) pues por no importar al Escribano, omito explicarlo.

11 Trae aparejada execucion tambien la confesion clara, y pura, ò simple, hecha por el deudor ante Juez competente, y Escribano, ò ante éste en virtud de su mandato por escrito; (6) y la razon es, porque el que confiesa en juicio, se tiene por juzgado, (7) y la cosa juzgada como verdadera la trae aparejada; (8) lo qual milita, y procede en qualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistinta, y absolutamente sin limitacion, y asi no debemos distinguir. Y por clara se entiende, no solo quan-

(1) Ley 2. tit. 25. Part. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 7. n. 38. Sr. Covar. Pract. cap. 25. n. 7.

(2) Cap. Suscitat, de in integrum restitution. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 134. n. 3. Garcia de Nobilit. glos. 6. § 2. n. 17. al 23.

(3) Sr. Covar. dicho cap. 25. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 201. Parej. de Edition. tit. 6. Resolut. 7. n. 85.

(4) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recop. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 97. Noguerol allegat. 15. n. 5.

(5) Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 3. n. 230. y part. 3. Labir. cap. 1. n. 121. y 168. Pedro Barbos. en la ley 75. §. Marcellus, ff. de Judic. Escobar de Purif. part. 2. quæst. 4. artic. 4. §. 2. n. 32.

(6) Leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop.

(7) Ley unic. Cod. y ley. 1. ff. de Confes. y leyes 2. y 4. tit. 13. Partid. 3. Rodrig. de Executi n. cap. 1. artic. 2. n. 23. y 24.

(8) Ley à Divo Pio V. ff. de Re judicat.

quando dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino quando expresa que cree deberlo sobre poco mas, ò menos, pues la confesion de credulidad le perjudica igualmente, por ser lo mismo decir que lo cree, que que lo sabe. (1) Pero si es ambigua, qualificada, ò condicional, y consta de la condicion; ò se limita à cierto dia, ò plazo no cumplido, ni la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion, ò el plazo se cumpla, porque el acto condicional no obliga hasta entonces; (2) ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor.

12 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraído la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, ò hizo pacto de no pedirsela, se ha de despachar (no obstante) execucion contra él en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento executivo, porque como ésta se dirige à enervar, y elidir el pago, que es la intencion del executante, debe probarla el executado en el termino legal, y hasta que llegue el caso de encargarse éste, no se ha de admitir prueba, ni dar termino para ella; (3) y asi se observa.

13 Remitiendose el executado en su confesion à algun instrumento, se debe despachar la execucion solamente por lo que conste en éste, como líquido. (4) Lo mismo procede quando se remite à carta, ò à otro papel que no tie-

(1) Ley Publia Mævia 26. ff. Depositi, & ibi Bart. Bald. in Rubr. Cod. Depositi. quæst. 6. Parlador. lib. 2. part. 1. y cap. ult. cit. §. 4. n. 9. y 10. Rodrig. dicho artic. 2. n. 28.

(2) Marant. part. 6. tit. de Confesion. n. 27. Lanfranc. in Repetit. cap. Quoniam, de exception. In. 5. Sr. Valenz. consil. 126. Parador. ibi: n. 11.

(3) Sr. Castill. lib. 6. Controvers. cap. 165. n. 31. Ciriac. controv. 35. Parlador. ibi, n. 12. Barbos. vot. 126. n. 62. Suar. in Thesaur. receptar. sententiar. verb. Confesio: Rodrig. dicho artic. 2. n. 25. y 26.

(4) Noguerol. allegat. 11. Sr. Valenz. consil. 27. n. 17. Sr. Castill. de Tertiis, cap. 5.

tiene contradicion, en el qual se pide alguna cosa; y la razon es, por ser confesion geminada, que tiene mayor vigor, y eficacia para obligar. (1)

14 La confesion segunda que es contraria à la primera, no produce accion executiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion; (2) ni la hecha extrajudicialmente; (3) ni la que se hace en pedimento presentado judicialmente, pues ésta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante Escribano de orden del Juez; y asi debe el confitente ratificarse baxo de él ante éste; y de faltar este tan esencial, è indispensable requisito, será nula la execucion que se despache, porque claudica el documento, y no acredita de indubitado el debito; y la confesion servirá solamente para condenarle en su virtud en via ordinaria, si su contendor la acepta, como senté en el cap. 1. de este libro num.286. pues la execucion debe ser de cosa juzgada, verdadera, y no dudosa, y para despacharla ha de estár tan purificada, y expedita la accion, que no quede la mas leve duda de ella, ni se pueda retratar, ni elidir: y es lo que he visto practicar.

15 Tampoco produce merito, ni accion executiva la confesion que hace el testador en su ultima disposicion, de que es deudor de alguno, (nombrandolo) pues debe ser demandado en via ordinaria; (4) bien que por ella queda obligado en algunos casos, à saber: siendo jurada; ò estando presente el sugeto, si éste la acepta antes que la revoque; ò quando con ella concurren otros adminiculos, y conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo qual se dexa al arbitrio del Juez docto, y prudente; ò quando fue hecha por modo de contrato, de suerte que se colige del animo del testador que quiso obligarse incontinenti, y el sugeto la aceptó antes de la revoca-

(1) Sr. Valenz. consil. 102. n. 86. y consil. 124. n. 29.

(2) Cur. Philip. part. 2. §. 6. n. 5. Sr. Valenz. ibi.

(3) Ley 4. y ley final tit. 13. Partid. 3. Sr. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2. §. 4. n. 1. Fontanel. decis. 258.

(4) Gom lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. Vela dissert. 42.

cacion; y fuera de estos quatro casos se conceptúa legado, que puede revocar como el testamento en que la hizo. (1)

16 No trae aparejada execucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste intervenga al juramento que debe precederla; pero sí, la que hace, no teniendolo: (2) y à hacerla en juicio puede ser compelido qualquiera demandado; (3) y lo mismo parece deberá proceder para con su heredero, porque como tal es verdadero deudor, y no ha de ser de mejor condicion que su causante, ni acerca de ello admitirse apelacion; (4) pero no obstante esto, vease lo que explicaré en el num. 64.

17 La confesion ficta, que en pena de la contumacia estima la ley por hecha, no trae aparejada execucion; ni la obscura, pues para que la traiga, ha de ser clara, expresa, y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7. tit. 3. Partid. 3. ibi: *Otorgando de llano lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe.* De la 4. tit. 13. Partida dicha ibi: *E otrosí que sea dicha en cierto sobre cosa, ò quantía, ò fecho*, Y de la 5. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *O las confesiones claras, fechas ante el Juez competente, traigan aparejada execucion.* Ni la alternativa, de la qual no resulta certidumbre de la cantidad, v. g. *si dice que debe à Pedro, ò à Juan*: pero sí, resultando à quién, y lo que debe; ni tampoco en otras confesiones semejantes, v. g. quando dice que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor, pero no expresa de quanto; en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el debito, y consintiendolo, se le

(1) Gutier. lib. 5. Pract. quæstion. 57. y de Juram. Confirm. part. 2. cap. 1. n. 10. y cap. 2. numer. 5. Rodrig. de Execution. capit. 1. artic. 2. n. 41. al 43.

(2) Ley 22. tit. 11. lib. 5. Recop. Narbon. in Annal. ann. 25. quæst. 83. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 122.

(3) Leyes 2. y 6. tit. 13. Partid. 3. Gutier. dicho lib. 1. quæstion. 121. Vela dissert. 25. n. 36. Sr. Valenzuel. consil. 112.

(4) Ley Mortuo reo, ff. de Fidejussorib. y ley Non debet, ff. de Regul. jur.

le puede executar por él, y no de otra suerte. (1)

18 El juramento *litis decisorio judicial* (que tambien se llama *voluntario* por la razon que expuse en el cap. 1. de este libro §. 2. num. 114.) trae aparejada execucion, porque es confesion verdadera hecha à presencia, y con aprobacion del Juez, por lo que tiene fuerza de transacion, y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; lo qual se entiende, siendo el que lo hace de los que pueden jurar en juicio sin otorgamiento de curador, y no tienen otra prohibicion legal; pero el *necesario*, ò *suppletorio* no la trae aparejada, porque se manda hacer en defecto de bastante prueba; por lo que mediante poderse retratar por la invencion de nuevos instrumentos, (lo qual no sucede con el otro) no tiene fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni por consiguiente vigor executivo; (2) y asi es menester que recaiga sentencia, y que se consienta, ò executorie, y entonces se podrá despachar en virtud de ella la execucion.

19 Los vales, ò papeles de obligacion ya sean hechos à favor de persona determinada, ò sin expresar al de quien se hacen, v. g. diciendo: *vale que pagaré à quien éste me entregáre, &c.* (que llaman vales ciegos) y las cartas, letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas, y demás papeles simples que la ley llama, y comprehende en el nombre de *conocimientos*, siendo reconocidos paladinamente por el deudor que los hizo, y firmó, precedido juramento ante su Juez competente, y Escribano, ò de su mandato por escrito ante éste solamente, ò acompañado de Alguacil, traen aparejada execucion en quanto à lo liquido confesado, ya tengan, ò no fecha. Y lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que subscribe, ò fir-

(1) Rodrig. de Execution. capit. 1. artic. 2. n. 10. 11. 29. y 30. Paz in Praxi part. 4. tom. 1. capit. 1. n. 54.

(2) Leyes 3. y 15. tit. 11. Partid. 3. ley Jusjurandum 2. y ley Sed si possessori 11. §. 3. ff. de Jurejurand. Parlador lib. 2. part. 1. cap. ultim. §. 3. n. 1. Rodrig. de Execution. cap. 1. art. 3. n. 3 4. y 5.

firma un papel, aprueba, y confirma todo su contesto, y se reputa, y estima escrito por él; y aun quando no los haya escrito, ni firmado, por no saber, ò no poder, si los reconoce en la forma expuesta; porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre, ò de su orden los escribió, y firmó. (1) Todo lo qual se entiende con arreglo à lo que explicaré en los numeros desde el 216. al 219. de este capitulo.

20 Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se debe despachar execucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la extension de los papeles referidos, y los que los firmaron à su ruego, ò formaron de su orden, los reconozcan; y la razon es, porque ninguna prueba por liquidisima que sea, la trae aparejada; y porque la ley recopilada citada en el numero 17. exige que sean reconocidos por los mismos deudores, segun consta de sus palabras ibi: *Los conocimientos reconocidos por las partes ante el Juez que manda executar*: y faltando esta indispensable circunstancia, aunque el deudor pacte, y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá, porque nadie puede inmutar la forma, y solemnidad prescriptas por derecho, por lo que se ha de seguir la causa en via ordinaria: (2) ni para proceder executivamente basta el cotejo, ò comparacion de letras, porque ésta à lo mas hace semiplena probanza, y aun para la via ordinaria debe arreglarse el Juez à lo que previenen las leyes 114. y 117. à la 119. del tit. 18. Partid. 3. y dexo explicado en el cap. 1. de este libro, num. 344. y 355: ni bastan tampoco las deposiciones de los testigos, sin embargo de que contestes digan que se los han visto firmar, y reconoz-

(1) Leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi. §. 5. n. 1. 2. 6. 7. 17. y 20. Carlev. tit. 3. disp. 6. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 2. cap. 30. n. 4. Acev. en dicha ley 5. n. 5. Rodrig. de Execution. cap. 1. y artic. 2. dichos numer. 5. al 16. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 121.

(2) Avendañ. ibi, n. 3. y sig. Parlador. dicho §. 5. n. 14. 15. y 16. Sr. Covarr. Pract. quæst. 22. Rodrig. dicho artic. 2. n. 18. y 19.

nozcan sus firmas, y la de el deudor, pues esto es bueno para que hagan fé en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente à la condenacion; lo qual tendrá presente el Escribano, y advertirá al Juez lego, porque se cometen muchos absurdos en los Pueblos. Lo mismo debe observarse, quando es contumáz, y no quiere reconocerlos, ò huye, como queda sentado en el num. 17. pues asi lo practícan los Jurisperitos.

21 Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion, ò reconocimiento (como puede, y se le debe admitir) que no se le entregó la cantidad, ò cosa que se le pide, cuya excepcion llaman de la *non numerata pecunia*; sino han pasado los dos años que prefine la ley, (1) para oponerla, contados desde la fecha del vale, ò de hecho el prestamo, ò contraída la obligacion, no se debe despachar execucion en virtud de este reconocimiento, porque la qualidad, ò excepcion propuesta es conjunta, individua, è inseparable de él, y por lo propio está imposibilitado de producir merito executivo, aunque el vale se halle autorizado, y robustecido con la solemnidad del juramento.

22 Pero si han transcurrido los dos años, contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la execucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, porque sin embargo de ser connexa con éste, es individua, y como tal incapáz de impedir el curso executivo, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años, sin oponerla, ò pedir la buelta del vale, ò entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision, y silencio sin usar del auxilio legal. Lo mismo procede quando confesó llanamente, y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta, è inconnexa de éste, y contra la confesion judicial pura no se admite excepcion que impida despachar la execucion; (2) y tambien

(1) Ley 9. tit. 1. Partid. 5.
(2) Vela disert. 23. n. 8. 16. 17. y 32. al 36. Gratian. regul. 163. Jul. Capon. tom. 4. discept. 251. Molin.

bien quando en el vale la renunció expresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años; lo qual he visto declarado por el Consejo, porque ninguna ley, ni texto manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada. Bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez dias legales, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probandola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale, pide el acreedor su reconocimiento, (pues basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario expresar que declare si debe, ò no la cantidad que consta en el vale,) y el deudor dice que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada, ò que no la contrajo, ù opone otra excepcion semejante, se ha de despachar la execucion sin embargo de la excepcion; y la razon es, porque por el mismo hecho de haber firmado el vale, se deduce haber contraído el debito, recibido el dinero, y quedado obligado natural, y civilmente à su solucion, y que por consiguiente es maliciosa la excepcion; y el hallarse en poder del acreedor, acredita que no se lo satisfizo, ni éste se lo remitió, pues de lo contrario lo hubiera recogido, ò algun resguardo en que esto constase; y asi debe justificar la excepcion en el termino legal, para enervar la intencion del acreedor. (1) Y lo mismo se debe practicar, aunque excepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor; porque lo liquido no se debe retardar por lo iliquido, y las cuentas exigen mas prolijo examen que la via executiva; y asi deberá pagar, y luego usará de su derecho.

El

Molin. de Justit. et jur. disp. 302. Gom lib. 2. Var. cap. 6 n. 3. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 37. n. 175.

(1) Gutier. lib. 1. Pract. quæstion. 124. n. 30. Rebuf. tom. 1. Commentar. tract. de Chirograph. in Præfat. n. 50. Rodrig. dicho artic. 2. n. 17.

24 El reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminiculos, ni pruebas, aunque en su virtud se puede despachar execucion contra él, de tal suerte que se retrotrae al dia del contrato; pero no perjudica à los demás acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias, anteriores al reconocimiento de la privada, y asi serán preferidos éstos al chirografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume simulado, fraudulento, y hecho con animo de privarlos de su derecho. (1) Y lo propio milita para con su confesion hecha en los terminos que el reconocimiento expresado. (2)

25 Lo mismo procede de la confesion hecha por el tutor contra su menor; (3) de la del vasallo contra su señor; (4) de la del Procurador, ò mandatario contra el mandante, à menos que el poder contenga clausula especial para ello; (5) de la del Prelado contra su Iglesia; (6) de la del marido de haber recibido la dote, contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como senté en el cap. 2. de mi primera parte §. 2. n. 54. y en el 3. lib. 1. de esta segunda, §. 1. n. 36. al 38; y de la del padre, que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica à los demás hijos; ò quando afirma que debe à un estraño cierta suma; si todos estos no lo justifican en otros terminos. Previniendo que en los dos casos del padre

(1) Ley Scripturas, §. ultim. Cod. Qui potiores in pignor. y ley 31. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. Pract. cap. 22. n. 5 y lib. 2. Var. cap. 11. n. 4. Rodrig. ibi, numer. 20.

(2) Ley unic. Cod. de Confes. ley Cum te, Cod. de Transaction. ley Duobus §. 1. ff. de Jurejurand. y cap. 1. y 2. de Confes. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 13. n 13. al 35. Mascard. de Probation. concl. 372. Sr. Valenzuel. consil. 86.

(3) Ley Lucius, §. Tutelæ, ff. de Administrat. tutor. Sr. Greg. Lop. en la ley 60. tit. 18. Part. 3. glos. 5. Vela disert. 38. n. 71.

(4) Pinel. en la ley 1. Cod. de Bon. matern. part. 3. limitat. 40. n. 50.

(5) Ciriac. controvers. 122. Sr. Gregor. Lop. en la ley 61. tit. 18. Partid. 3. verb. *Por pagado.*

(6) Barbos. in cap. 54. de Election. n. 20. y 21. Noguerol allegat. 27.

dre se tendrá por legado en quanto al estraño en lo que quepa en el quinto; y por lo respectivo al hijo por mejora de tercio, y quinto hasta en lo que alcance, y quepa. (1)

26 Qualquiera Juez aunque sea incompetente, puede compeler à la parte à que reconozca el vale, ò conocimiento que hizo; pero este acto no radica el juicio, ni por él lo previene el Juez, ni de él se induce prevencion, para que pueda executarse en virtud del primero, (2) y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se la compela por el suyo propio, à que persista en él. (3)

27 El reconocimiento, ò confesion extrajudicial no trae aparejada execucion, pero aprovecha para la via ordinaria si se prueba por testigos. (4) Y aunque segun una disposicion del derecho civil (5) debe ser firmado el judicial por la parte que lo hace, para que en su virtud se pueda proceder: no obstante, como por el nuestro no se previene esto, basta la fé del Escribano, si la parte no sabe escribir, ò dice que no sabe, para despachar la execucion; lo qual es corriente en la práctica.

28 Trae aparejada execucion el instrumento público hecho ante Escribano Notario Real, ò numerario, y no Apostolico, que hace fé, aunque no tenga la clausula guarentigia, como algunos quieren, (que es la que estendí en el cap. 4. de mi primera parte num. 37.) ni el sugeto, à cuyo favor se hizo, esté presente, ya sea puro, condicional, ò à dia cierto el pagamento del debito, verificado que sea el dia, ò la condicion, y no de otra suerte, sin que ne-

(1) Sr. Salg. dicho cap. 13. numer. 21. al 25.

(2) Ley Generaliter, Cod. de Non numerata pecunia, cap. Per tuas, de probation. Sr. Valenz. consil. 112. n. 11. y 55. Rodrig. ibi, n. 31. al fin.

(3) Vela disert. 23. n. 14. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 126. numer. fin. Avendañ. dicho cap. 30. n. 4. vers. *Septimo requiritur.*

(4) Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 54. Vela disert. cit. n. 15. Rodrig. ibi, n. 8. Rebuf. ubi supr. n. 69.

(5) Ley Cum antiquitas 28. §. fin. Cod. de Testam. Cancer. lib. 1. Var. cap. 22. n. 26. vers. *Quod tamen fallit*: Vela ubi proxime, n. 18.

necesite reconocerlo el deudor; y la razon es, porque el instrumento hecho en forma pública tiene vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, y de la obligacion en él constituída no se puede receder, ni retractar el que la hizo, ni negarla, por haberla hecho ante Escribano, y testigos, y estár robustecido el instrumento con su signo, que es el caracter real que lo vigoriza. Pero se advierte, que aunque haga fé por hallarse autorizado por Escribano público, fiel, y de buena fama, si es de aquellos, de que éste no puede, ni debe dar mas copias que la primera llamada *original*, y la en cuya virtud se pide la execucion, es segunda, ò tercera, y sacada sin la solemnidad legal que expliqué en el cap. 16. de mi primera parte num. 5. no se debe despachar, y si se despacha, es nula, porque el instrumento no la trae aparejada; pero siendo sacada con ella, sí. Lo proprio milita con el traslado, ò testimonio por concuerda de la copia original; pues una cosa es que pruebe para la via ordinaria, y otra, y muy diversa, que tenga vigor executivo; (1) y con el que hizo à ruego de alguno en forma privada, y no pública, por haber mucha diferencia de el que hace como persona pública, ò como privada. (2)

29 Lo mismo procede en quanto à la promesa futura de obligarse uno à otro dentro de cierto tiempo, pues pasado éste, puede ser convenido el promitente, porque ya queda obligado; pero se ha de tener presente que para poderse executar el instrumento hecho ante Escribano, ha de ser numerario éste; pues si pasó ante el Real, no se podrá, excepto que no lo haya numerario en el Pueblo en que se formalizó; ò si lo hay, sea hecho con su consentimiento, y para sus protocolos; ò en la Corte, y Chanci-

(1) Ley fin. §. Titius, vers. Sed si steterit conditio, ff. de Vulgar. et pupillari substitution. y leyes 1. 2. y 19. tit 21. y 19. tit. 25. lib. 4. Recop. Carlev. tit. 3. disp. 6. n. 8. y 9. Gom. en la ley 64. de Toro, n. 4. y 7. Parlador. part. 1. lib. 2. cap. fin. §. 11. ampliat. 1. y 5. y §. 12. limit. 2. Rodrig. dicho capit. 1. artic. 4. n. 12. al 18. y numer. 41. y 42.

(2) Ley Nam quod, ff. ad Trebellian. Parlador. §. 12. y limitat. 2. cit. n. 23.

cillerías, en que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, sin embargo de haberlos numerarios; (1) ò que sea instrumento concerniente à las comisiones, para que los Reales suelen diputarse; ò en donde haya costumbre de que éstos autoricen instrumentos para sus registros, no obstante haberlos numerarios, porque como la prohibicion se ha impuesto por evitar que éstos fuesen defraudados en sus derechos, cesa con su consentimiento.

30 Lo explicado en el numero 28. milita, y se entiende, ya se haya otorgado en estos Reynos, ò fuera de ellos el instrumento, si se pide aqui su execucion, aunque allá no fuese executivo; (2) y la razon es, porque en todo lo concerniente al orden del juicio, se debe atender, y atiende siempre al lugar en que se instaura, y no à el en donde se formalizó el contrato, ò instrumento; pero en lo tocante à la substancia de éste, se debe mirar al en que se celebró. Y para extirpar la duda de si el que lo autorizó, es, ò no Escribano, conviene que se compruebe, ò legalize por dos, ò tres *que dén fé no solo de que lo es legal, y fidedigno, sino de que el signo, y firma puestos en él, son suyos propios, y los que acostumbra hacer*: (3) y este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es Escribano fiel, y legal*; porque puede serlo, y el instrumento, signo, y firma, suplantados, como repetidas veces se ha visto; y asi es menester que tambien dén fé *de que el signo, y firma son suyos, y los que acostumbra hacer*: lo que tendrá presente el Escribano, asi para estender las comprobaciones, como para dar, ò no credito à instrumentos autorizados, y legalizados por los que no conozca.

31 Igualmente trae aparejada execucion el instrumento en

(1) Ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. Paz tom. 1. part. 4. cap. 1. n. 6. al 13.

(2) Parej. de Edict. tit. 1. resolut. 3. §. 2. n. 44. Mascard. de Probation. conclus. 1097. Gom. en la ley 64. de Toro n. 8. Rodrig. de Execut. cap. 1. artic. 4. n. 24.

(3) Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 28. y 29. Parlador. lib. 2. cap. fin. §. 11. ampliat. 3. dicha, n. 13. y 17. Sr. Gregor. Lop. en la glos. fin. de la ley 8. tit. 18. Partid. 3. Rodrig. artic. 4. cit. n. 25. al 27.

en lo que tacitamente contiene, pues se entiende puesto implicita, y virtualmente en él, siendo conjunto de lo que trae expreso, porque se há por tal de convencion de las partes; v. g. la obligacion dotal, ò el intrumento de la deuda; en los quales aunque no se mencione su restitucion, y paga, se hán por expresas, y se puede proceder executivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactár su satisfaccion, porque se há por expresa, à mas de ser de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado. (1)

32 Es asimismo executivo el testamento solemne por la deuda, legado, ò fideicomiso en él dexados, porque es instrumento público, se estima por tal como hecho ante Escribano, (2) y se equipára al contrato, pues vale el argumento de éste à la ultima voluntad, quando milíta la misma razon, favor, ò equidad. (3) Pero para evitar la discordia de dictamenes que hay acerca de esto, es muy util mande el testador en su testamento *que se pueda pedir executivamente la cosa que en él lega*, lo que tendrá presente el Escribano para prevenirselo, pues en este caso sacandose la clausula con citacion del heredero, y presentandose testimoniada con cabeza, y pie: ò si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero lo reconozca judicialmente baxo de juramento, se puede proceder executivamente contra él; y asi se practíca.

33 Pero en quanto al legado es preciso que no sea hecho al Confesor del testador en su ultima enfermedad, ni à su Iglesia, Convento, pariente, ò deudo, como expuse en el cap. 1. de mi primera parte §. 15. num. 173. pues si lo fuere, no solo no se podrá proceder executiva, ni ordi-

(1) Carlev. tit. 3. disp. 3. numer. 35. y 36. y disp. 5. n. 13. Parlador. §. 11. y ampliat. 4. dicha Gom. en la ley. 64. cit. n. 6. Surd. decis. 254. n. 39.

(2) Jul. Capon. tom. 1. discept. 3. Gom. en la ley 45. de Toro, n. 147. Vela disert. 42. n. 8. Sr. Solorz. de Jure Indiar. lib. 2. cap. 24. n. 125.

(3) Ley Servum filii, §. Eum, qui chirographum, ff. de legat. 1. Gom. en la ley 4. de Toro, n. 8. Ciriac. controvers. 426.

dinariamente por él, sino que será nulo, y el Escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio que hoy le está impuesta por la Real Cedula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso à diez y ocho de Agosto de 1771. refrendada de Don Josef Ignacio de Goyeneche, Secretario de S. M. cuyo tenor, y el del Auto acordado en ella incorporado, tengo por conveniente insertar, para que teniendola presente, procure inquirir si es, ò no Confesor del testador, y no incurrir en la pena, y à la letra dice: *Don Carlos por la gracia de Dios, &c. A los del mi Consejo, Presidentes, y Oidores de las mis Audiencias, y Chancillerías, Alcaldes, Alguaciles de la mi Casa, y Corte, y à todos los Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores, y ordinarios de todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos mis Reynos asi de Realengo, como de Señorío, Ordenes, y Abadengo; à los Escribanos públicos, y Reales, de los mis Pueblos; y à otras qualesquier personas à quienes lo contenido en esta mi Real Cedula toca, ò tocar puede en qualquier manera: Sabed que por el Auto acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la nueva Recop. se dispone lo siguiente.* Auto: "La ambicion humana ha »llegado à corromper aun lo mas sagrado, pues muchos »Confesores olvidados de su conciencia, con varias suges»tiones inducen à los penitentes, y lo que es mas, à los »que están en articulo de muerte, à que les dexen sus he»rencias con titulo de fideicomisos, ò con el de distribuir»los en obras pias, ò aplicarlas à las Iglesias, y Conven»tos de su instituto, fundar Capellanías, y otras disposi»ciones pias; de donde proviene que los legitimos herede»ros, la jurisdicion Real, y derechos de la Real Hacienda »quedan defraudados; las conciencias de los que esto acon»sejan, y executan, bastantemente enredadas; y sobre todo »el daño es gravisimo, y mucho mayor el escandalo. Y »aunque para ocurrir à todo, convendria prohibir abso»lutamente à los Escribanos hacer Escrituras, en que di»recta, è indirectamente resulten interesados los Confeso»res, ò les quede arbitrio para disponer de los tales bienes »en su favor, ò el de sus Comunidades, ò parientes, cas»ti-

»tigando con las penas de falsarios à los tales Escribanos, »dando por nulos los instrumentos; y que si de hecho con»travinieren, queden aplicados los bienes à Hospitales, y »Colegios de huerfanos; por aora teniendo presente ha»berse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño »varias veces, particularmente el año de 1622. y haberse »estimado la materia por de algunas dificultades, atendida »la immunidad, y libertad eclesiastica, para poner la »mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el »asenso, ò concordato Pontificio; no obstante contrayendo »la duda à lo particular de algun genero de mandas, com»prehende el Consejo que las que hacen los Fieles à sus »Confesores, parientes, Religiones, y Conventos en la »enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son »libres, ni con las calidades necesarias, antes bien muy »violentas, y dispuestas con persuasiones, y engaños, sin »algun consuelo del enfermo, que las dexa, en perjuicio de »otros parientes suyos, y obras mas pias: Y asi acordó »que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfer»medad de que uno muere, à su Confesor, sea Clerigo, ò »Religioso, ni à deudo de ellos, ni à su Iglesia, ò Religion, »para escusar los fraudes referidos; pues con esta mode»rada providencia no se restringe, ni limita la piedad, »porque al que le naciere de ella, ò de devocion, las po»drá hacer en todo el discurso de su vida, ò si mejoráre »de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo »del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persua»siones, sugestiones, y fraudes con que le turban, y »truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la na»turaleza en favor de la propia familia: y para conseguir »este bien en universal beneficio de los vasallos con se»guridad en los medios de verle establecido, y perma»nente, ya sea por Concordato, ò asenso Pontificio, ò es»tatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que »S. M. miráre mas bien dispuestas las cosas: y entre tanto »el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los »casos particulares de que tenga noticia, castigando à los »Escribanos que contravinieren à lo que por este Auto se

»les

»les manda, y celando siempre sobre las Justicias, para »que lo hagan guardar por los medios que estén preveni»dos en las leyes de estos Reynos."

Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos expedientes que se han seguido en él, el olvido, y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este Auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo à su literal sentido, en grave daño, y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda, y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo succesivo, en consulta le 25. de Septiembre del año proximo pasado me hizo presente el mi Consejo, habiendo oído antes à mis dos Fiscales, lo preciso, y conveniente, que era tomar providencia, para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales, y se evitasen los descuidos, y negligencias que pueda haber para su observancia; y conformandome con su dictamen, por mi Real Resolucion publicada, y mandada cumplir en mi Consejo pleno en 13. de Julio proximo pasado, entre otras cosas se acordó expedir esta mi Cedula, Por la qual en atencion à los referidos exemplares antiguos, y modernos, que se han visto en el mi Consejo: de disposiciones sugestivas, dolosas, è involuntarias, y para evitar, y precaber descuidos, y estrañas interpretaciones en la observancia del citado Auto acordado: Os mando que todos le cumplais segun su literal tenor, arreglandoos à él en qualesquiera determinaciones que diereis sobre los casos de que trata, baxo las penas en él contenidas, imponiendo como impongo igual pena de privacion de oficio à los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario, que asi es mi voluntad, &c.

34 Trae tambien aparejada execucion el instrumento en que alguno promete, y se obliga à hacer alguna cosa (que llaman en latin obligacion *in factum*:) Lo qual se entiende no solo en quanto à esto, pudiendo cumplirlo, sino à la estimacion, ò interés cierto en defecto de cumplimiento, con tal que en él se haya pactado, y no de otra

otra suerte, y en este caso preceda su liquidacion. (1) Y aunque el obligado tiene arbitrio alternativo, que es de cumplir lo prometido, ò pagar el interés; no obstante puede ser compelido al cumplimiento en siete casos: el primero, quando lo que ofreció, se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurre en él. El segundo, quando la ley le impone la obligacion de executarlo. El tercero, quando cede à beneficio de la Republica, v. g. usar de algun oficio, ò arte. El quarto, quando el testador manda à su heredero, ò legatario que lo hagan à favor de ella. El quinto, quando es sobre accion Real, v. g. la entrega de alguna alhaja. El sexto, quando el promitente juró hacerlo. Y el septimo, quando por instrumento público lo prometió. (2)

35 Pero es de advertir, que si recayó sentencia, por la qual se le condenó à su execucion, no cumple con pagar el interés, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Partid. 3. ibi: *Y si la sentencia fuese dada contra alguno demandado en razon de alguna cosa que deviese facer, debelo apremiar que la haga asi como fue puesto, ò lo prometió.* El que quiera instruirse perfectamente de esta materia, vea los Autores citados, al *Sr. Gregorio Lopez en la glos.* 3. de la ley inserta, y en la 3. *tit.* 14. *Partid.* 3. y especialmente à *Carlev. de Judic. tit.* 3. *disput.* 3. *per tot.* que la explica con toda difusion, y claridad, y mejor que otro alguno. En quanto à si el instrumento autentico trae, ò no aparejada execucion, como el público, vease à *Parladorio lib.* 2, *cap. fin. part.* 1. §. 11. *ampliat.* 2. que contra *Acevedo* defiende que sí.

36 No trae aparejada execucion el instrumento que no hace fé, y de los que la hacen, ò no, traté en el cap. 16. que

(1) Giurb. decis. 60. num. 12. Rodrig. dicho artic. 4. n. 38. Parlador. lib. 1. Rer. cap. 6. n. 12. y lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 4. num. 34. al 38. Surd. consil. 38. n. 25.

(2) Gom. lib. 2. Var. cap. 10. n. 20. al 23. Guzm. de Evict. quæst. 79. Sr. Covar. in cap. Quamvis pactum, part. 2. §. 4. n. 6. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 13. numer. 13. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 5. n. 41.

que es el final de mi primera parte, adonde remito al Lector. Ni el condicional, hasta que se cumpla la condicion expresa: y lo propio milita siendo tacita, v. g. en la promesa dotal, pues hasta que se verifique el matrimonio, y el marido lo haga constar, no puede pedir la dote, porque se entiende puesta esta condicion. Lo qual no procede quando consta notoriamente haberse efectuado, (1) porque lo que es notorio, y por tal se alega en juicio, no es necesario probarlo. (2)

37 Asimismo no la trae aparejada el instrumento de locacion, y conducion por la tacita reconducion del año succesivo à el en que espiró el expreso, porque aunque segun la ley (3) por el hecho de retener la heredad el conductor tres dias despues de concluído el tiempo del arrendamiento, es visto que quiere tenerla por un año mas, con identicas calidades, condiciones, precio, y seguridades, como senté en el cap. 6. de mi primera parte numer. 26: no obstante, no se comprende en aquel para el efecto de ser executivo, excepto que en él se pacte, y preceda liquidacion del debito; (4) y asi en los contratos de locacion conviene (si los contrayentes quisieren) se ponga la condicion: *de que por el año, ò años mas que el conductor subsista en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad, y pension que por los pactados expresamente; poder ser executado por la de cada uno en iguales terminos, sin ser necesario hacer previa liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprehendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion, y seguridades, como si todo fuera especificado en él, sin diferencia en cosa alguna.* Lo qual tendrá presente el Escribano para quando le ocurra Escritura de esta clase, asi pa-

(1) Leyes 11. y sig. tit. 11. Partid. 4. y ley Stipulationem, ff. de Jure dot. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 11. Gom. en dicha ley 64. numer. 7. Ciriac. controvers. 424. y 520.

(2) Cap. fin. de Cohabitation. Clericor. Sr. Salg. de Reg. part. 1. cap. 2. n. 107.

(3) Ley 20. tit. 8. Partid. 5.

(4) Sr. Crespi observat. 45. Sr. Covar. dicho cap. 11. Gom. lib. 2. Var. cap. 3. n. 15. Vela disert. 12.

para efecto de que se le pueda executar, como para que el locador no sea perjudicado en concurrencia de otros acreedores del conductor en el caso que expondré en el cap. 3. de este libro num. 109.

38 Tampoco la trae aparejada, si se remite à otro, sin que conste primero de éste, porque no pareciendo el relato, no prueba el referente. (1) Lo qual se entiende siendo condicional la remisión, porque si es casual, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, se puede executar en su virtud; (2) como sucede en el en que el fiador se obliga à pagar la deuda que consta en otro, aunque éste no se exhiba: en la sentencia; pues la proferida en otro juicio daña al fiador, para que se proceda contra él executivamente sin nuevo proceso: (3) en la obligacíon que se constituye por la alhaja vendida, remitiendose à la venta: (4) y en otros casos semejantes. Previniendo que si la alhaja vendida pereció por culpa del deudor, se puede proceder executivamente contra él por su importe, ò estimacion, en virtud de instrumento guarentigio. (5)

39 No es executiva la Escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el Juramento de quanto importan, que deben hacer acreedor, y deudor, como lo declara expresamente el capitulo 16. de la Pragmatica de 14. de Noviembre de 1652. que es el Auto acordado 16. tit. 21. lib. 5. Recop. cuyo literal tenor es el siguiente: *Por quanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contra-*

(1) Authent. Si quis in aliquo documento, Cod. de Edendo. leyes 3. y fin. Cod. de Sentent. quæ sine certa quantitate, y ley Ait prætor, §. Si judex, ff. de Re judicat. Parlador. dicho §. 12. limit. 3. n. 24.

(2) Barbos. vot. 86. Guzm. de Eviction. quæst. 11. n. 92. Parej. de Edition. tit. 4. Resolut. unic. §. 1. n 95.

(3) Carlev. tit. 1. disp. 2. quæstion. 5. n. 318. Parlador. dicha limit. 3. n. 25. Sr. Castill. lib. 4. controvers. cap. 14. n. 29. Sr. Olea de Cesion. tit. 5. quæst. 5. n. 43. Noguerol allegat. 12.

(4) Aflict. decis. 273 Cevall. Commun. quæst. 129. Parlador. ibi, n. 26. Sr. Olea tit. 4. quæst. 4. num. 18.

(5) Parlador. lib. 1. cap. 6. §. 2. n. 12. y 13.

tratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado à daño, ò retardado, y es justo que moderandose el precio de todas las cosas, se reforme al mismo tiempo este exceso: Ordenamos, y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy, que estubieren por pagar, y los que de aqui adelante corrieren por qualesquiera contratos, obligaciones, ò negocios en que conforme à derecho se puedan pedir, ò llevar intereses, aunque sean tocantes à mi Real Hacienda, ò por mí aprobados, no puedan pasar, ni excedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que à este respecto, sin embargo de qualesquiera pactos, ò contratos que haya hechos, ò se hicieren, los quales anulamos, y prohibimos como injustos, y usurarios, y só las penas impuestas por derecho contra ellos; sin que se puedan sustentar, ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ò lucro cesante, ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio: y revocamos la ley 9. tit. 18. lib. 5. de la Recopilacion, y las demás Leyes, Ordenes, y Cedulas nuestras, y qualesquiera usos, ò costumbres que hubiere habido en contrario, ò hubiere de aqui adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses, como suerte principal: Mandamos que el deudor al tiempo que otorgare qualquier Escritura, ò Cedula, en que se obligue à pagar alguna cantidad; declare en ella con juramento si hay intereses, y lo que montan, y el Escribano dé fé del tal juramento; y el acreedor para usar de la Escritura, ò Cedula hecha en su favor, haga el mismo juramento, y sin lo uno, y lo otro no se pueda executar ningun Instrumento, ò Cedula, aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun Tribunal, ni Juicio, ò fuera de él, ni haga fé, ni probanza para ningun caso, ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma substancial de qualesquiera obligaciones, ò contratos que se hicieren, ò celebraren por escrito: y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos por nulos, como si no se hubiesen hecho, ni otorgado, y no obstante el dicho

cho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios, y logreros conforme à derecho. Lo propio milita para con la Escritura de obligacion à pagar intereses, por conducir en letra el dinero de un Pueblo à otro dentro de estos Reynos, segun lo ordena el capitulo 17. de la misma Pragmatica que no está derogada, ni corregida, y la he visto practicar en lo concerniente al capitulo inserto por el Consejo, como en el quarto de mi primera parte numero 22. he sentado; y porque muchos lo ignoran por no haberla visto, he tenido por conveniente insertarlo, à fin de que no contravengan su precepto.

40 No lo es tampoco la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos: ni la de pagar las mercaderías que los Mercaderes, Plateros, y otros negociantes fian à los novios para casarse: ni la que constituyen los hijos de familia à pagar quando se casen, hereden à sus padres, ò succedan en algun mayorazgo; à menos que intervenga la licencia de éstos: ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que lo tiene en el estudio: ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido: de todo lo qual traté latamente con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 2. num. 12. 13. y 22. y §. 4. num. 79. y 108. y de la inteligencia de la ley 63. de Toro, y dentro de qué termino se ha de pedir la execucion por obligacion personal, y réditos de censo, en el mismo cap. y §. 4. num. 71. hasta el 75. inclusive, adonde remito al Lector por evitar repeticion.

41 El instrumento líquido, ò la liquidacion que consta por instrumento público, ò por confesion, y reconocimiento judicial de la parte, hecho en forma legal, ya sea de tutela, compañia fenecida, intereses, daños, ò de otra qualquiera clase de deuda, trae aparejada execucion; mas no si está iliquido; por lo que no se debe proceder executivamente en su virtud hasta que se liquíde. Bien entendido, que si comprehende cantidad cierta de trigo, vino, aceyte, ù otra especie semejante, puede despacharse exe-

cucion por la quota de la especie antes que se liquíde el valor de ésta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el credito. Si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella, y no antes; y si ofreciendo darla con pago, se le executare primero que la dé, será nula la execucion, y podrá impedir su progreso esta excepcion, si la opone; y si es de compañia, liquidadas que sean las de ésta, à menos que en la Escritura esté pactado que por el capital se pueda executar antes de liquidarse, luego que se disuelva, (1) pues entonces habrá lugar por él la execucion, porque es líquido.

42 Por alimentos, ò intereses de dote retardada se puede proceder executivamente, sin ser necesario hacer liquidacion; y la razon es, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, (2) como que se permite llevarlos, y se dan para ayuda à superar las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura, segun he sentado en el cap. 4. num. 39. de mi primera parte. Y en quanto à si se podrá, ò no executar el instrumento de obligacion por el interés líquido tasado al principio del contrato: vease à *Carlev. tit.* 3. *disp.* 8. pues en las siete secciones de ella explica quanto se puede apetecer, y por ser materia muy difusa, y solo precisa para los Jueces, y Letrados, omito molestar al Escribano con su exposicion.

43 Pidiendose execucion en virtud de instrumento por lo líquido, è ilíquido, debe despacharse por aquello, y no suspenderse, aunque el deudor lo ofrezca, ò deposite, ò dé fianza por todo el debito; porque la execucion de lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, ni se impide sino con la paga, con la qual se extingue la obligacion; y el deposito, y fianza no son paga. Lo qual se entiende, ex-

(1) Alex. consil. 192. lib. 7. Baez. de Decima tutori capit. 2. n. 163. Paz to.n. 1. part 4. cap. 3. n. 34. Rodrig. de Execution. dicho artic. 4. n. 35 y 36. Carlev. tit. 3. disp. 7. n. 10. Sr. Valenz. consil. 136. Cancer. part. 3. Var. cap. 7. n. 324.

(2) Gratian. discept. 446. numer. 20. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 10. n. 5. Surd. de Alim. tit. 1. quæst. 42. n. 14. al 22.

excepto, que lo líquido, è ilíquido se junten de tal suerte que por la parte no líquida se convierta ilíquida toda la suma, pues en este caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder executivamente. (1) Y para evitar el deudor que se continúe la execucion por lo líquido, lo que debe hacer, es: consignarlo, y consentir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidare de lo que está ilíquido, luego que se liquíde, con lo qual cesa la execucion. (2)

44 Y para que el instrumento que no está liquidado, la traiga aparejada, ha de contener una de dos cautelas, ò circunstancias, que son: ò estimacion cierta de la cantidad, daños, expensas, ò intereses, segun la costumbre indubitada del Pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se expresó su importe: ò que el obligado la defiera en el juramento, y declaracion del actor: con cuyos requisitos se puede despachar; pero en el ultimo caso si la regulacion del que jura, fuere excesiva, y lo expusiere asi el reo, se ha de reducir por el Juez à lo justo en la forma explicada en el cap. 1. de este libro num. 121, y por esto executarse. (3)

45 Se puede hacer la liquidacion del instrumento ilíquido por Escrituras, probanzas de testigos, Contadores, y juramento *decisorio*, *ò in litem*, siendo pedido (segun lo exija la cosa que se controvierte) con audiencia previa de las partes, y conocimiento sumario; y por lo que el Juez declaráre, y se liquidáre, y consintiere por ellas, se ha de despachar la execucion. (4) Previniendo que si se ha-

(1) Vela dissert. 24. n. 26. Ciriac. controvers. 424. Carlev. titul. 3. disp. 15.

(2) Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 45. Rodrig. capit. 1. y artic. 4. dichos n. 37. Rebuf. in Commentar. artic. 1. glos. 9. n. 12.

(3) Hermosill. en la ley 10. titul. 1. Partid. 5. glos. 4. n. 444. al 446. Sr. Covarr. dicho cap. 11. Guzm. de Eviction. quæst. 14. Parlador. lib. 2. part. 1. § 12. limit. 4. cit. n. 36. y 37.

(4) Ley De qua re, 74. ff. de Judic. Bald. in leg. 2. n. 7. in fin. Cod. de Execution. rei judicat. & in leg. Item quia conventiones, n. 3. ff. de Pact. Abilès in cap. 10. Prætor. verb. Executio, n. 52. Sr. Covar. ibi. Carlev. tit. 3. disp. 3. num. 44.

hace por testigos, ò arbitros, y discordan en la suma, ha de regular el Juez à su arbitrio la que le parezca mas justa, y moderada, y por su importe executarse, sin embargo de apelacion. (1)

46 Aunque la liquidacion se haga à presencia de Escribano, y de las partes; preceda para ella auto dado à instancia de la una; y ambas la firmen; debe reconocerla, y confesarla despues, ò ratificarse en ella baxo de juramento la que resulte alcanzada; y sin esta previa diligencia no despacharse execucion por el alcance, à causa de faltarle el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el Juez, y Escribano, ò ante éste de su orden, que la constituye veridica, è irretractable; y asi servirá unicamente para la via ordinaria, como en quanto à la confesion hecha en pedimento senté en el num. 14; pero precediendo el reconocimiento jurado en la forma expuesta, la trae aparejada, pues como la ley no permite que sin él sea exequible; ni el Escribano la presta toda la autoridad que al instrumento que ante él se otorga; ni para hacerla, concurre la solemnidad que en el otorgamiento de éste, ni la vigoriza con el signo, ò caracter Real, à fin de que no se pueda dudar de su contesto; no se eleva à la esfera de cosa juzgada, como el instrumento, ni por consiguiente produce merito executivo: lo qual como arreglado, y conforme al espiritu, y mente de las leyes he visto practicar à los Jueces literatos.

47 Las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes, ò alguna de ellas, ò por los Contadores que eligen, (ya sean de administraciones, gastos de pleitos, ò de otras cosas, y negocios) si se aprueban, y reconocen en juicio con la solemnidad legal, y el que resulta alcanzado, consiente el alcance, traen aparejada execucion; pero si falta es-

(1) Gutier. in Repet. leg. Nemo potest, n. 447. Barb. vot. 126. n. 173. Parlador. §. 12. y limit. 4. cit. n. 32. y 33. Scacia de Appellation. quæst. 17. limit. 47. membr. 1. n. 191. Vela disert. 24. numer. 26. Cancer. part. 1. Var. capit. 17. n 23. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 47. y cap. 11. n. 20.

este requisito no son exequibles, aun en el caso de que el que las formó por orden de los interesados, sea inteligente, timorato, y fidedigno, y de que jure que son verídicas; por lo que se han de liquidar, examinar, y deshacer primero los agravios, ò reparos que contengan hasta que queden purificadas. (1) Lo qual parece debe militar, y entenderse aunque el dueño se haya obligado en instrumento público à pasar por la cuenta jurada que le diere su administrador, ò apoderado, y à satisfacerle el alcance que en ella saque à su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion, y delacion en su juramento, suele que aprueba la cuenta; que confiesa por líquido el alcance; y que en caso de contener agravios, le remite, y condona su importe: no obstante, como pueden ser erroneas, excesivas, ò dolosas algunas de sus partidas; el error quita el consentimiento; lo excesivo se debe reducir à lo justo; el dolo de futuro no se puede remitir, ni renunciar por pacto; la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada, y no sobre la futura, que no tiene existencia; la confesion ha de ser de lo que no admite duda; la execucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno; el juramento no es *decisorio litis*, por no concurrir para hacerlo, las circunstancias que prescribe el derecho; y de la obligacion solo se induce una mera confianza del dueño, mas no excluye el dolo, ni error que el administrador abusando de ella, puede cometer; por eso no se debe despachar la execucion hasta que se liquíde, y purifique; y lo que concibo debe hacerse en este caso, es, dar precepto de *solvendo* contra el dueño, comminandole en la tercera providencia con la execucion; y si no obstante esta comminacion, es contumáz, y no acude à pedir los autos, despacharla; mas acudiendo, se le deben entregar, y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga à la cuenta. Pero si el dueño se obligó baxo de juramento à pagar à su administrador el

(1) Escobar de Ratiocin. capit. 10. Vela disert. 21. n. 15. y 76. Garcia de Expens. cap. 20. number. 22. Bobadill. lib. 5. Polit. cap. 4. n. 84.

el alcance referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese executivamente contra él, sin otro previo requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la execucion, porque el juramento debe ser observado siempre que se pueda; y hecho el pago baxo de fianza, usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque por el juramento no es visto haber perdonado, condonado, ni aprobado el dolo, y error ignorados, mientras no lo exprese clara, y especificamente. Asi lo siento salvo, &c. pues no he hallado tocado terminantemente este caso en los Autores.

48 Los libros de quenta que alguno tiene en su casa, en los que sienta lo que dice le están debiendo varias personas, no deben ser creidos en esta parte, aunque jure que las partidas en ellos contenidas son verdaderas, si por confesion de los deudores, ù otro medio legal no se acredita el debito que expresan; asi lo dispone la ley final titul. 18. Partid. 3. ibi: *Por ende decimos, que si fallaren en algun quaderno de algun home finado que le debe dar, ò facer otro alguno alguna cosa: que tal Escritura como esta non debe ser creida, nin face prueba, maguer pareciese buen home aquel que lo ficiese escribir, ò hubiese jurado que era verdadero.* Y si las cuentas son de bienes del Rey, Iglesia, ò Concejo, y sus repartimientos, y se dán en juicio, se ha de executar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta, y aprobandolas el Juez, y no en otros terminos. (1)

49 No se debe proceder executivamente contra el obligado à dar quentas antes que las dé, aunque se conozca, y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida, y cierta; pero por los bienes que constan inventariados, y por el capital puesto en la compa-

(1) Authent. de Sanctis Episcopis, §. Æconomos: y ley 22. titul. 6. lib. 3. Recop. y en ella Acev. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 37. n. 22. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 11. n. 37. y 39. y part. 4. capit. 9. n. 140.

pañia, bien se puede despachar la execucion, pactandose asi en instrumento público, porque como indubitados no se les puede poner el reparo de ilíquidos, y erroneos. (1) Y se previene, que una vez dadas las cuentas, no se deben bolver à pedir al que las dió, excepto que de su parte se verifique lesion, dolo, ò error en ellas, en cuyo caso, especificandolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro à reiterarlas. (2)

50 Los Rescriptos, Privilegios, Cedulas, y Provisiones Reales, que no ceden en perjuicio de tercero, ni del Público, ni han sido obtenidos con vicios de *obrepcion*, y *subrepcion*, (que son, ocultar la verdad, ò decir mentira para impetrarlos) ni se oponen al derecho Divino, natural, y positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos, y traen aparejada execucion; (3) pero si ceden en detrimento de tercero, se han de executar solamente despues que se le oiga, y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan clausulas derogatorias. (4) Y si son contra dèrecho positivo, contienen clausulas especialmente derogatorias de éste, y se expidieron con las de *motu propio*, *cierta ciencia*, *y poderío Real absoluto*, se deben executar; mas no, careciendo de ellas. (5)

51 No vale el rescripto dado contra otro, à menos que en él se haga mencion especifica de éste, derogandolo. (6) Y si el primero contiene clausulas derogatorias para los subsequentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que por él se le concedió, es ineficaz el segundo; careciendo de

(1) Carlev. tit. 3. disp. 7. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 4. n. 20. Sr. Valenzuel. consil. 147. n. 34.

(2) Cancer. part. 3. Var. capit. 15. n. 305. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 40. num. 7. Mascard. de Probat. concl. 1256. verb. Rationis redditio, n. 27.

(3) Leyes 2. 9. 20. 29. 30. 31. y 36. à la 39. tit. 18. Partid. 3. y leyes 1. 2. 3. 4. y 7. tit. 14. y 2. y 7. tit. 23. lib. 4. Recop.

(4) Dichas leyes 20. tit. 18.: 2. 3. y 4. tit. 14. y 2. y 7. tit. 23. lib. 4. Recop.

(5) Leyes del tit. 14. lib. 4. citadas, y cap. 1. de constitution. in 6.

(6) Cap. Cœterum, de rescript. y Clementin. Dudum, de Sepult. Sr. Larrea allegat. 58. numer. 12.

de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga, (1) porque el Principe à nadie quiere privar sin causa del derecho que adquirió, antes sí dexar indemne el de la primera concesion. (2)

52 Tampoco vale el expedido contra el estilo acostumbrado, porque se presume falso; (3) ni el obtenido por el excomulgado; (4) ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia. (5) No me detengo mas en tratar de Rescriptos, Privilegios, ò Gracias, por no ser preciso que el Escribano lo sepa: el Letrado que quiera instruirse vea al *Sr. Valenzuel. consil. 77. à Barbos. de Rescript. al Sr. Larrea allegat. 91. à Salced.* en la ley 4. tit. 14. lib. 3. Recop. cap. 24. 27. y 28. y à los que éstos citan, y la ley 11. tit. 4. lib. 2. Recop. pues con arreglo à ella se procede en la Sala de Justicia del Consejo, à donde toca el conocimiento sobre retencion de Rescriptos de la Camara, ya estén, ò no executados.

53 Los juros, situaciones, y libranzas dadas por el Rey, ò por los Ministros à quienes concede esta facultad, contra los Tesoreros, Cobradores, y Administradores de su Real Haber, traen aparejada execucion: (6) como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan, y reconocen judicialmente, y no en otra forma; (7) y si no las pagan dentro de tercero dia siguiente al requerimiento que à este efecto se les haga, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen, y devenguen. (8)

54 Tambien la traen aparejada los tributos públicos, y Rea-

(1) Cur. Philip. ilustr. part. 2. §. 2. n. 3.

(2) Ley Titius puerum 3. ff. de Obsequiis parentib. Cur. Philip. ibi.

(3) Ley 4. tit. 20. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2.

(4) Cap. 1. de Rescript. in 6. y ley 38. tit. 18. Partid. 3.

(5) Ley 39. tit. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 4.

(6) Ley 14. tit. 16. lib. 9. Recopil.

(7) Ley 9. tit. y lib. dichos.

(8) Ley 23. sig.

Reales, (1) y los diezmos, y primicias de la Iglesia, quando por instrumento executivo consta estarse debiendo, pues no constando, se ha de proceder contra los deudores breve, y sumariamente, atendida solamente la verdad. (2)

55 Y ultimamente traen aparejada execucion los pareceres conformes de los Contadores, ya sean nombrados por las partes, ò de oficio en rebeldía de alguna de ellas, con tal que los confirme, y apruebe el Juez, y no de otra suerte; y en este caso se han de executar sin embargo de apelacion, dando el interesado, à cuyo favor determinaren, la fianza de la ley de Madrid, que expliqué en el capit. 4. de mi primera parte §. 5. num. 139. y estendí en el 183. §. fin. à donde puede verla el Lector.

§. II.

QUIEN PUEDE PEDIR EXECUCION, y ser executado: quántas clases hay de bienes, y en quáles se puede, ò no trabar: y si el acreedor que intentó la via ordinaria, podrá dexarla, y pasar à la executiva.

56 EN virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior, que traen aparejada execucion, puede pedirla toda persona, à quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté, ò no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y que al tiempo de pedirla, legitíme su persona, pues de no hacerlo, puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla: (3) y asi el socio puede pretender-

(1) El tit. 14. lib. 6. el 6. lib. 7. y el 7. lib. 9. Recop.

(2) Ley 5. tit. 7. lib. 9. Recop. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 11. Girond. de Gavel. part. 4. cap. 27. Vela disert. 27. n. 4. Sr. Olea de Cesion. tit. 3. quæst. 4. y tit. 6. quæst. 9. y 10. Castill. en la ley 64. de Toro, verb. *De los acreedores*: Carlev. tit. 2. disp. 4. n. 20. y 21.

(3) Cap. Causam 9. de Judic.

derla por las deudas de la compañia, aunque no tenga poder de sus consocios, (1) porque à estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando la fianza prevenida en el cap. 11. de mi primera parte num. 15: y el marido por la dote que se le prometió, y no entregó, ya sea constante matrimonio, ò despues de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad, y restitucion à que se obligó; (2) y tambien por los bienes parafernales, como conjunto, y à nombre de su muger; (3) mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; (4) por lo que no es responsable à su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

57 El heredero del acreedor justificando serlo à lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir execucion contra el deudor de éste; y si hay dos, ò mas herederos, cada uno por sola su parte, à menos que tenga poder, ò cesion de los coherederos antes de la litis, ò que se lo dén pendiente ésta, ratificando lo que actuó; (5) pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. (6) Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta: (7) el testamentario universal, à quien dió potestad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones utiles, y directas que el testador tenia;

(1) Ley 2. tit. 32. Partid. 3. y en ella el Sr. Greg. Lop. glos. 5. y ley 6. tit. 10. Partid. 5.

(2) Ley Si pro te, Cod. de Dotis promission. ley de Dote ancillæ, Cod. de Reivindication. ley Si Soror, §. Lucius, ff. Solut. matrimon. y leyes 1. y 7. tit. 11. Partid. 4.

(3) Ley Maritus, Cod. de Procurator. Gom. en la 50. de Toro, n. 20. Sr. Castill. lib. 4. Controv. cap. 40. n. 48. Sr. Olea de Cesion. tit. 4. quæst. 6. n. 24.

(4) Ley Cum maritum, Cod. de Solution. Bart. in leg. Maritus, Codic. de Procurator. Rodrig. de Execution. cap. 3. n. 12.

(5) Ley Pro hæredittate Cod. de Hæreditar. action. Rodrig. ibi, numer. 13. al 17.

(6) Carlev. tit. 2. disp. 4. cit. Rodrig. ibi, n. 15. y 16. Sr. Olea tit. 6. quæst. 9. n. 32. al 35.

(7) Ley Emptor, Cod. de Hæreditat. vel action. vendit. Sr. Olea tit. 3. quæst. 8. n. 16. Rodrig. ibi, num. 18.

nia; (1) y tambien el legatario, y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (2)

58 El fiador puede pedirla contra el principal obligado por lo que pagó por él voluntariamente, ò apremiado despues de cumplido el plazo, y no antes, constando del debito, y su solucion por instrumento público; lo qual se entiende aunque el acreedor no le ceda sus acciones, porque por el hecho de pagar, le competen para reintegrarse de lo que desembolsó; (3) bien que lo mas seguro es que se las ceda al tiempo que le hace el pago, con lo qual cesa toda disputa.

59 Igualmente puede pedirla contra los confideyusores, à prorrata de la obligacion que cada uno constituyó, si pagó por ellos; con tal que tenga lasto del acreedor hecho à este fin en los terminos explicados en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 129. y cap. 11. §. 3. y §. fin. num. ultimo. Lo qual procede, aunque sea formalizado sin numeracion del dinero, ni fé de su entrega, pues basta que el acreedor confiese en el que el fiador le satisfizo su credito por sí, y por los demás; (4) porque ninguna ley manda que intervenga, ni por no intervenir anula el lasto, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones, y asi se observa, sin embargo de que algunos dicen lo contrario.

60 Disuelto el matrimonio, puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y arras que la prometió, contra sus herederos; y asimismo por la que se

(1) Leyes 2. y 4. tit. 10. Partid. 6. Rodrig. dicho cap 3. n. 19. Sr. Covar. in cap. Joann. de Testam. n. 5. Speculator, in tit. de Instrument. edition. §. Nunc vero, n. 27. y sig.

(2) Ley Legato, Cod. de Legat. Sr. Olea tit. 4. quæst. 5. numer. 37. y titul. 7. quæst. 1. n. 4. Rodrig. ibi, n. 20. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 3. n. 9. y 10.

(3) Leyes 11. 16. y 21. tit. 12. Partid. 5. Sr. Olea tit. 5. quæst. 5. n. 45. 53. y 58. Rodrig. ibi, numer. 26. y 27.

(4) Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 13. Abiles in cap. 10. Prætor. n. 28. Dueñas regul. 337. num. 4. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 63. n. 12. Rodrig. ibi, n. 29. y 30.

se la ofreció, y no entregó à su marido, contra el oferente, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado à darsela. Y lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, (1) sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division, y adjudicacion, porque por derecho le toca, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas à su favor, sino al de su marido.

61 El Procurador ya tenga poder especial para executar, ò general para pleitos, puede pedir execucion en su virtud; (2) mas no cobrar la deuda, sin que en él, ò en otro conste de esta facultad, y sí solo pretender se asegure, hasta que su dueño ocurra à su cobro. (3) Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello, (4) ò el general carece de esta especialidad; por lo que en los poderes para pleitos se pone la clausula: *De que defienda al poder dante hasta conseguir executoria con execucion de ella*, con la qual se le estima parte legitima, como si el poder fuera especial.

62 En quanto à si el cesonario del acreedor puede pedir execucion en virtud de la cesion, y si es preciso que ante todas cosas haga constar la causa justa con que ésta se hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su credito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea, ò no justa, y gratuita, ù onerosa, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y à cuyo cumplimiento puede ser compelido: y que le competirá solamente la excepcion de si es,

(1) Parlador. lib. 2. part. 3. cap. fin. §. 1. n. 3. y 4. Sr. Olea tit 4. quæst. 8. n. 35. Gom. en la 50 de Toro n. 51. Rodrig. ibi, n. 5. al 1°. Palac. Rub. §. 66. n. 7.

(2) Ley 7. titul. 14. Partid. 5. Rodrig. ibi, n. 37. hasta el fin. Noguerol alleg. 26. n. 2.

(3) Ley 9. tit. 9. Partid. 7. Noguerol alleg. 36. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 3. n. 120.

(4) Ley Procurator, §. 1. ff de Procurator. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap 6. num. 3. vers. *Quinto*: et in Rubr. de testam. part. 2. n. 42.

es, ò no reprobada por derecho, y si fue hecha à persona cabilosa, ò mas poderosa por su empleo que el cedente; de lo que se le puede arguir cometiò dolo, como expuse en el cap. 11. de mi primera parte num. 32. al fin. El Abogado que quiera instruirse vea los Autores, (1) pues al Escribano, como que no lo ha de defender, ni juzgar, no le incumbe, ni le precisa saberlo.

63 Puede ser executado no solo el que contrajo la obligacion, sino su heredero, acreditando serlo realmente, y no de otra suerte; (2) pero si éste aceptó la herencia *con beneficio de inventario*, lo hizo con la pureza, y escrupulosidad legal, y acredita haberlo formalizado asi, como debe, se le ha de executar solamente por su importe: y si la aceptó sin esta qualidad, puede ser executado *ultra vires hæreditarias*, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del debito. (3) Acerca de lo qual vease lo explicado en el cap. 14. de mi primera parte n. 3. al 5. y en el cap. 1. n. 44. del libro primero de ésta.

64 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar execucion contra él por su importe; pero no puede ser compelido à hacer el reconocimiento sino quiere, porque es iniquo obligar al succesor à que jure de hecho ageno, como lo dice el §. 2. de la ley *Marcellus* 11. *ff. de Rerum amotarum actione*: ibi: *Jurare autem tam vir, quam uxor cogetur: Pater autem jurare non cogitur: cum iniquum sit de alieno facto alium jurare: is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur, et idcirco neque hæres ejus, qui, quæve amovisse dicetur, jurare cogetur.* (4) por lo que no re-

co-

(1) Sr. Olea tit. 1. quæst. 3. Per tot. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 3. § 4. Rodrig. dicho artic. 4. n. 22. al 25. Cancer. part. 1. Var. cap. 17. n. 40. y part. 2. cap. 9.

(2) Ley Ex contractu, ff. de Re judicat. Avendaño tit. *de las excepciones*, n. 24. Rodrig. de Execution. cap. 4. n. 1. Carlev. tit. 3. disp. 9. Parlador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 1. al 4.

(3) Leyes 10. 11. y 12. tit. 6. y ley 7. tit. 19. Partid. 6. Carlev. disp. 9. dicha, n. 13. y n. fin.

(4) Rodrig. de Execution. capit. 1. artic. 2. n. 14. Acev. en la ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 16. Parlador. lib. 2. part. 1. cap. ultim. §. 5. n. 9.

conociendolo en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su credito, pues no debe despacharse execucion contra el heredero, hasta que se executorie el pleito, por no ser executivo el vale no reconocido.

65 Habiendo dos, ò mas herederos del deudor, ha de ser executado cada uno à prorrata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo, que aunque éste los hubiese obligado, ò alguno no tenga de que pagar su quota, no se debe exigir de los coherederos, à excepcion de que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces como la obligacion sigue la hipoteca, y es individua, è inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero, ò succesor singular, sin que necesite hacer excusion, ni division, quedandole el regreso, ò repeticion contra los demás partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milíta en el emphiteusi, y censo consignativo por los réditos vencidos; sobre lo qual (que es corriente en la práctica) veanse los Autores. (1)

66 Tambien puede ser executado el hijo mejorado en tercio, y quinto, por las deudas de la herencia paterna, materna, ò abolenga à prorrata de la parte que conste haberle tocado en ella. Lo qual procede, ya parezcan al tiempo de la particion, ò despues, y la mejora sea hecha en cosa cierta, ò incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado à su proporcional solucion, (2) como con legal apoyo he sentado en el cap. 1. §. 5. num. 77. de mi primera parte, sobre cuya inteligencia vease à *Rodrig. de Execut. cap.4. ex n.19. al 22. y à los Autores que cita.*

67 Se puede practicar lo expuesto en el numero inmediato en cinco casos: el primero, quando acepta la herencia, y se le adjudican ésta, y la mejora: el segundo, quan-

(1) Parlad. lib. 2. cap. fin. part.4. §. 1. n. 11. hasta el fin. Rodrig. dicho cap. 4. n. 13. y 14. al 18.

(2) Ley 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

quando repudia la herencia, y acepta la mejora, y los acreedores tratan de executarle, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconvenido à prorrata, sin que preceda excusion en los herederos: cuyos dos casos son los de la ley 21. de Toro: el tercero, quando se pide simultaneamente la execucion contra los herederos, y el mejorado: el quarto, quando se trata de convenir al sucesor del mayorazgo por el debito à que sus bienes están obligados, ya provenga éste desde su institucion, ò se haya impuesto el censo, ò gravamen sobre ellos con facultad real, ò en otro caso permitido; pues aunque el poseedor no haya heredado al instituyente, puede ser executado por los réditos, ò pensiones del censo, à cuya responsabilidad por la especial hipoteca están ligados, y sujetos: y el quinto, quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él, y los herederos del fundador à un propio tiempo, (que es lo que se debe hacer, como mas seguro) en cuyo caso se ha de continuar sin embargo la via executiva, para evitar el circulo dilatorio, y perjudicial de demandar primero à estos, pues se debe proceder, atendida la verdad del hecho, lo qual basta para compelerle à pagar. Cuyos cinco casos trae *Noguerol alleg.* 4. *num.* 57. *al* 71. en donde los podrá ver con mas extension el aplicado, porque son prácticos, y acaecen con frequencia.

68 No solo pueden ser executados los herederos expresamente instituidos, sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor, (que llaman herederos *Anomalos*) y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el Fisco, que succedió en los del delinquente, ò del que falleció sin dejar parientes, el Monasterio, ò Convento, por los que obtuvo en representacion del Religioso, y los testamentarios universales, à quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma, ò en otros fines; (1) pues estos hacen veces de he-

(1) Ley Regulariter, ff. y ley fin. Cod. de Hæreditat. petition. Rodrig. de Execut. cap. 4. dicho n. 23. y 24. Parlad. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 2. n. 1. al 3.

herederos, y están obligados à satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable à ellas.

69 Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, ya estubiese el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real, ò dominio, ò sobre la personal. Y aun quando se hubiese enagenado à Clerigo despues de incoado el pleito, puede el Juez secular proceder contra él, y executar en ella la sentencia, hasta que sea efectivo el pago, porque à qualquiera parte, ò persona adonde vaya, lleva el gravamen con que está ligada, mientras no se libere. (1)

70 La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas, que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido, ò este solo, en quanto alcance su mitad de gananciales, y no mas: y si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se la puede pedir toda la deuda hasta en su importe; mas no, si los renunció al tiempo, ò antes de casarse, ò despues de casada. (2) Pero esto se limíta quando el marido se constituyó fiador de otro, y por la insolvencia de éste pagó por él; pues respecto no estár obligada à la fianza segun derecho, tampoco lo estará la mitad de sus gananciales; (3) bien que esto no lo tengo por tan corriente como sienta *Rodriguez*, porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales, hasta que su marido muere, y solo podrá repetir contra la parte de éste por la mitad de los exigidos à consequencia de la fianza, disuelto que sea su matrimonio; pero no contra el que los compró.

71 Habiendose despachado executoria contra ella antes de contraer matrimonio, se puede hacer execucion des-

(1) Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 110. y 168. Sr. Valenz. consil. 19. num. 41. Carlev. tit. 3. disp. 11. n. 2. Noguerol alleg. 29. n. 233.

(2) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real, y ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. Sr. Covar. lib. 3. Var. capit. 19. n. 3. Parlador. dicho §. 2. y part. 4. n. 4. Rodrig. dicho capit. 4. n. 29.

(3) Ley 7. tit. 3. lib. 5. Recop. y en ella Matienz. glos. 1. n. 2. y en la 3. glos. 7. n. 3. tit. 9. Rodrig. ibi: vers. *fallit tamen.*

despues de contraído, en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando previamente à su marido; (1) porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberlo entregado à éste por dote. Igualmente puede ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos, habidos en su anterior matrimonio, pues por legal ministerio están obligados à su solucion, y tambien los de su actual marido. (2)

72 Del mismo modo se puede proceder executivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de ésta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consocios; mas no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque à estas son responsables unicamente los suyos propios. (3)

73 El deudor del principal deudor puede ser executado, con tal que para ello concurran copulativamente tres circunstancias: La primera, que aquel confiese el debito, ò por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal. La segunda, que éste sea condenado à su solucion. Y la tercera, que à consequencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ò no alcancen para el total pago, y no en otros terminos. (4)

74 En los casos explicados con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 126. al 128. inclusive: en el de que el deudor verdadero no pueda ser convenido con facilidad por razon de su persona, ò del lugar, ò privilegio: y en el de que el fiador se haya obligado con juramento à satisfacer la deuda, consintiendo ser re-

(1) Menoch. de Arbitr. lib. 2. cas. 123. y 125. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 231. Giurb. ad Consuetudin. cap. 1. glos. 9. n. 7.

(2) Ley Si mater, Cod. In quibus causis pignus, vel hipotheca, leyes 23. y 26. tit. 13. Partid. 5. y ley 5. al fin. tit. 16. Partid. 6.

(3) Ley 16. tit. 10. Partid 5.

(4) Sr. Salg. ubi proxime, n. 147. y de Retent. part. 2. cap. 28. Sr. Olea de Cesion, tit. 4. quæst. 4. n. 9. Gutier. de Gabel. quæst 164. n. 18. Noguerol allegat. 4. n. 76. y allegat. 35. n. 17.

reconvenido antes que el principal obligado, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador, sin hacer excusion en los bienes del deudor. (1)

75 Lo mismo puede practicarse quando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública, y buena fé que estos deben tener, y observar para con el público: Y quando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con gran dificultad, dilacion, y perjuicio del acreedor; en cuyo caso se le reputa insolvente, y éste no tiene obligacion de esperar, ni de recibir sus bienes *in solidum* por la tasa, antes bien puede repetir contra su fiador. (2)

76 Por las deudas del Concejo se debe hacer execucion en sus Propios. Lo qual parece se debe entender, quando se convirtieron en su utilidad, y el Ayuntamiento las contrajo en su nombre; mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ò no se convirtieron en utilidad de aquel. (3) Sobre lo qual vease à *Rodrig. de Execut. cap.* 4. *num.* 31. *al* 35. que controvirtiendo este punto, afirma con varios Autores, que ya se conviertan, ò no en utilidad del Concejo, se ha de dirigir la accion contra sus Propios, y no contra los de los que lo representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él, y en su nombre; y que si los individuos del Ayuntamiento obligan los bienes del Pueblo, y de sus vecinos, y estos lo consienten, ò hay costumbre de que puedan obligarlos en defecto de Propios del Pueblo, quedarán obligados à prorrata, y podrán ser executados; y asi se observa.

77 No há lugar la execucion contra el comprador de la herencia, à menos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor: ni contra el donatario, excepto que el

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 14. vers. *Quinto limita*: Rodrig. de Execution. dicho cap. 4. numer. 36. al 44. Parlador. dicho libr. 2. cap. fin. part. 4. y §. 7.

(2) Gom. ibi, vers. *Quarto limita*: y vers. *Octavo limita*.

(3) Ley Civitas 27. ff. de Reb. credit. ley Si is, qui 11. ff. de Pignor.

el donante ningun otro heredero haya dexado, pues entonces se reputa universal, porque en él se refunden todos los bienes. Acerca de lo qual vease al *Sr. Salg. part.* 2. *Labir. cap.* 26. *per tot.* en donde trata del donante, y vendedor de sus bienes con condicion de pagar à sus acreedores, ò sin ella; y de quando se ha de convenir al comprador, y donatario; y al *Sr. Oled de Cesion. jur. tit.* 3. *quæst.* 9. *num.* 20. y à los que cita.

78 Contra el usufructuario singular no há lugar tampoco; pero sí contra el universal: bien entendido, que la execucion se ha de pedir contra los bienes, y heredero propietario, con el qual, y con el usufructuario se debe seguir, y substanciar, porque se trata del perjuicio de ambos; (1) aunque el Sr. Salg. en su *Labir. part.* 1. *cap.* 2. §. *unic. num.* 5. dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente à éste todas las acciones activas, y pasivas del instituyente, y succede en ellas.

79 Aunque el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar execucion contra él, ni sus bienes, à menos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se pone en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye, è impide el uso de la executiva, hasta que se verifique el alcance líquido: excepto que se obligue en su propio nombre. (2) Y si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él, para seguir el pleito, nombrandolo él en caso de haber entrado en la pubertad, ò el Juez, si se resistiere à nombrar-

(1) Parlad. lib. 2. part. 4. capit. fin. §. 3. n. 6. Sr. Covar lib. 2. Var. cap. 2. n. 4. Rodrig. dicho cap. 4. n. 25. y 26.

(2) Ley 17. tit. 16. Partid. 6. ley Si non scriptis, Cod. y ley 3. ff. de Administrat. tutor. ley Si se non obtulit, §. Tutor quoque, ff. de Re judicat. y ley 1. al princip. Cod. Quando ex facto tutor. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 23. Baez. de Decim. tutor. cap. 2. n. 168. Rodrig. ibi, n. 30. Parlador. ibi, §. 3. n. 1. y 2.

brarlo, ò el que elija no admitiere el encargo, (1) por escusa legitima que le exima.

80 Lo propio milita para con los Administradores, Factores, y Procuradores, que como tales se obligan por sus principales: pues se puede proceder contra ellos, durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él, espiró su obligacion, aunque no la de éstos. (2) Y se previene que si el tutor fuere condenado por sí, y como tal, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repelido, y oponersele la excepcion de cosa juzgada, como dice el *Sr. Salg. de Reg. protect. part.* 4. *capit.* 8. *num.* 283.

81 En quanto à si habrá, ò no lugar la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados: (no llamo aqui tercero poseedor, ni trato del que es heredero, ò succesor del deudor, contra el qual compete principalmente el derecho executivo por el todo, ò parte, sino del que hubo sus bienes por titulo de venta, donacion, ù otro singular,) digo que no, regularmente hablando, ya se pretenda por cosa juzgada, ù otro instrumento que la traiga aparejada, y sea anterior al de el tercero; y ya se proceda por accion Real, ò personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal, y sus fiadores, hacerse excusion en sus bienes, y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por executoria se anule el titulo con que posee, y revoque la enagenacion en él hecha. (3)

82 Dixe *regularmente hablando*, porque asi como toda re-

(1) Ley Non ideo, Cod. de Procurator. ley Clarum, Cod. de Authoritat. præstand. ley 1. Cod. Qui petant tutores, y ley 3. ff. eod. tit. Parlador. ibi, §. 4. n. 11. al 4.

(2) Ley fin. ff. de Institor. action. ley Procurator qui, ff. de Procurator. Parladr. dicho §. 3. n. 3. y 4.

(3) Leyes 1. y 3. tit. 17. Partid. 3. leyes 7. 14. y 38. tit. 13. Partid. 5. y ley 1. y todo el tit. Cod. Quibus res judicata non nocet ley Sæpe 63. ff. de Rejudicat. ley Nam postea 9. §. fin. ff. de Jurejurand. ley 1. §. 1. ff. de Litigios. Parlad. dicha part. 4. §. 5. n. 1. Rodrig. dicho cap. 4. n. 45. y 46. Carlev. titul. 3. disp. 11. n. 1.

regla general tiene su excepcion que constituye regla en contrario segun derecho: (1) asi tambien de ésta se exceptúan trece casos en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citandole precisamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interés, y no de otra suerte: el primero, quando la alhaja que posee, se halla hipotecada especialmente à la deuda, pues la obligacion es madre de la accion, è inseparable de la hipoteca, hasta que se extingue la deuda à que está afecta. (2) El segundo, quando la posee con titulo evidentemente nulo; en cuyo caso, y no en otro se admite la excepcion de nulidad, como notoria, para poder seguir la execucion. (3) El tercero, quando el titulo proviene de contrato simulado, pues es nulo *ipso jure*: mas no, siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir, ò suplir su justo precio, por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria. (4) El quarto, quando el deudor se *obligó à no enagenarla, sino con el gravamen del debito*, hipotecandola tambien à la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió, ò enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun he sentado en el cap. 4. de mi primera parte, §. 4. num. 88. y cap. 5. num. 29; mas no, si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusion en los bienes del principal obligado, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero. (5) El quinto, quando el deudor enage-

(1) Ley Nam, quod liquide 4. §. ult. ff. de Penu legat. ley Quæsitum 12. §. Idem respondit: vers. Denique Neratius, ff. de Fundo instruct.

(2) Sr. Covar. lib. 3. Var. capit. 7. n. 7. Gaspar Rodrig. de Redditib. lib. 2. quæst. 9. n. 51. Cencio de Censib. part. 2. quæst. 5. artic. 9. n. 20. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 17. n. 44.

(3) Giurb. observat. 80. Noguerol allegat. 3. n. 19. Hermosill. en la ley 46. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. n. 7. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. Parlador. lib. 2. part. 4. y §. 5. dichos, n. 4.

(4) Parlador. ibi, n. 10. y 11. Giurb. observat. cit. Sr. Olea de Cesion. tit. 4. quæst. 3. n. 10.

(5) Ley Si creditor, §. fin. ff. de Distraction. pignor. y ley fin. tit.

genó los bienes; pues antes de su tradicion, ò posesion real, verdadera, ò ficta, se puede trabar en ellos la execucion, porque hasta que se entregan al tercero no se constituye dueño, ni verdadero poseedor; (1) excepto en las deudas, y acciones, en que con solo el titulo, y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio. (2) El sexto, quando el tercero tiene en mutuo, commodato, ò deposito la alhaja hipotecada, porque la posee en nombre del deudor, y no en el suyo; y asi la sentencia en que se condena à éste, se ha de executar con su citacion en la alhaja contra el que la posee: (3) y lo mismo se entiende quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado à pasar por el arrendamiento; (4) ni la accion personal del conductor impide el uso real de la enagenacion de la cosa locada; bien que los frutos pendientes son suyos. (5) Pero si en la Escritura de locacion anterior à la obligacion hipotecaria se pactáre que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar, ni enagenar la alhaja, y la hipotecáre à la observancia de este pacto, habrá lugar la execucion en la alhaja, y en sus pensiones, y hasta que espire el arrendamiento no podrá ser despojado el conductor, como sentè en el cap. 6. de mi primera parte num. 29. al fin. El septimo, quando la muger contrajo la deuda antes de casarse, pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus

tit. 5. Partid. 5. Rodrig. dicho capit. 4. n. 47. al 51. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1. n. 35. y 38. Parlador. ibi, n. 16. al 19. Sr. Olea tit. 1. quæst. 1. num. 76. vers. *Sed circa*: Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 14. n. 64.

(1) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. Canc. part. 1. Var. cap. 13. n. 23. y cap. 17. n. 41. Barbos. in leg. Maritum, ff. Solut. matrimon. n. 86.

(2) Autores ultimamente cit. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 6. Scacia de Comerc. §. 2. glos. 5. n. 28.

(3) Ley Licet, §. Rei depositæ, ff. Depositi, ley A Divo Pio, ff. de Re judicat. glos. in Authent. de fidejussorib. §. Sed neque debitorem, collat. 1. Rodrig dicho cap. 4. n. 55. Parlador. dicho §. 5. n. 12.

(4) Ley Officium, ff. de Reivindication. ley Certa, ff. de Præcar. y ley Emptor, Cod. de Locato.

(5) Cur. Philip. part. 2. §. 11. n. 4.

sus bienes dotales, y contra su marido, que los posee en su nombre, en defecto de los paraphernales, y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude à sus acreedores; (1) pero por el debito legitimamente contraído constante matrimonio, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido para ayuda à superar las cargas matrimoniales; (2) ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraída durante matrimonio, aunque sí en los paraphernales. (3) El octavo, quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion. (4) El noveno, quando el tercero adquirió la alhaja litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio, ò quasi dominio, ò por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta, y hecha con dolo su enagenacion. (5) Lo qual se presume quando se hizo à conjunta persona; ò no se recibió el dinero; ò no consta de su paga sino por confesion del enagenante; ò el deudor enagenó todos, ò la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de modo que no dexó con que pagar. (6) El decimo, quando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes; ò él, ò estos están ausentes de aquella jurisdicion; ò aunque presentes, no pueden ser convenidos; ò es notorio que no puede pagar: en cuyos casos basta acreditar la excusion en el principal, para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo, ni fraude; pero si le compete solamente ac-

(1) Sr. Castill. de Alim. cap. 65. Lara de Vita homin. cap. 22. Carlev. tit. 3. disp. 19. n. 9. Ciriac. controvers. 37.

(2) Ley Dotis fructus, ff. y ley Pro oneribus, Cod. de Jure dot.

(3) Carlev. disp. 19. dicha, n. 12. y sig. Amat. Var. tom. 2. resolut. 45. n. 24.

(4) Noguerol allegat. 29. numer. 20 8.

(5) Sr. Valenz. consil. 19. numer. 41. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 168. Carlev. disp. 11. dicha n. 2. Pardador. dicho §. 5. numer. 6. al 9. Rodrig. dicho cap. 4. n. 52.

(6) Surd. consil. 533. num. 5. Sr. Covar. Pract. cap. 15. num 7. Giurb. decis. 62. n. 5. Cancer. libr. 3. Var. cap. 17. n. 461. 462. y 466. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 23. n. penult. y fin.

accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion en sus bienes, sino probar haber sido dolosa la enagenacion. (1) El undecimo, quando el deudor entregó al acreedor la prenda, ò hipoteca, ò le dió su posesion real, ò ficta, constituyendose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó. (2) El duodecimo, quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demás bienes de éste para executar à el suyo. (3) Y el decimotercio por débitos reales, pues aunque el tercero no sea succesor universal, ò heredero del deudor fiscal, sino que posea por titulo particular de compra, donacion, ù otro los bienes de éste, puede el fisco usar contra él como su possedor de la via executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento, o contrato de conduccion, y locacion con el Rey: y esto se entiende, ya estén especial, ò generalmente obligados, respecto no distinguir la ley; lo qual se prueba del cap. 11. de la 27. tit. 11. lib. 9. Recop. que dice: *El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que succedieren en los bienes obligados por compra, donacion, ò herencia, ò por otro qualquier titulo.* Pero no se amplia su disposicion à otros casos fuera del de conduccion de Rentas Reales, como afirma *Noguerol alleg.* 33. *num.* 69. *v. sig.* sobre cuya inteligencia, vease à *Carlev.* y *Boler.* (4) Y acerca de los casos referidos, y otros, al *Sr. Greg.*

(1) Ciriac. controvers. 5. 120. y 388. Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 11. Sr. Castill. lib. 5. controvers. cap. 89. n. 124. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 1. n. 39. Velar. disert. 20 n. 4. y 16. Rodrig. de Redditib. lib. 2. quæst. 9. n. 51.

(2) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 5. limit. 1. y 2. Rodrig. de Execution. cap. 4. n. 55.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 14. y glos. 5. vers. *Tertio limita*: Alex. consil. 15. vol. 6. Negusanc. de Pignorib. memb. 1. part. 8. n. 19. Rodrig. cap. 4. dicho, n. 54.

(4) Carlev. tit. 3. disp. 11. cit. n. 6. Boler. de Decoction. tit. 5. quæst. 18. n. 14. y 15.

Greg. Lop. en la *glos.* 5. *de la ley* 14. *tit.* 13. *Partid.* 5. que trae diez y ocho.

83 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga titulo, ò causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Y se dice, y entiende tener titulo suyo, no solo quando hubo la alhaja de él mismo, sino de otro, ù otros que de él la hubieron: por lo que justificandose que el deudor la poseía al tiempo que contrajo la obligacion, se presume que el tercero tiene titulo, ò causa suya, y se puede proceder contra él, aunque se hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores, (1) y reconvenirle en el lugar, y fuero que al deudor principal, porque *ipso jure* se le transfiere la hipoteca con este gravamen. (2) Y se previene que quando el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clerigo; basta citar solamente al deudor. (3)

84 Fundados algunos Autores en dos textos civiles, (4) afirman que el tercero que posee con justo titulo, y buena fé los bienes hipotecados à la seguridad del censo, puede prescribir su hipoteca por tiempo de diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, contandose la prescripcion desde el en que se dexaron de pagar los réditos. Yo venero su dictamen; pero no me adhiero à él por las razones expuestas en el cap. 4. num. 75. y en el 5. n. 42. de mi primera parte, en donde refiero la executoria del Consejo, por la qual se declaró lo contrario en el pleito del Marques de Santo Floro con la Villa de Estremera, y para el

(1) Barbos. vot. 97. n. 40. Sr. Olea tit. 1. quæst. 1. num. 76. Sr. Larrea alleg. 43. n. 21. Rodrig. cap. 4. cit. n. fin. Parlador. dicho §. 5. n. penult. y fin. Carlev. disput. 11. dicha.

(2) Noguerol alleg. 14. n. 4. Cancer. lib. 2 Var. cap. 2. n. 189.

(3) Sr. Valenzuel. consil 116. Noguerol alleg. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 14. n 66.

(4) Leyes 1. y 2. Cod. Si adversus præscriptionem.

el pago de principal, y réditos se vendió un molino harinero, que era una de las hipotecas, y lo poseía Don Josef Genaro de Salazar, menor, à quien se dió lasto contra la Villa; y lo he visto practicar otras veces: sobre lo qual vease *à Paz tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 3. *num.* 15. *y* 16. que lo trata con mas difusion.

85 En el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. traté (bien que laconicamente) de las clases, ò especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en éste con extension; pero antes de proceder à explicar en quáles se puede trabar, ò no la execucion, debo sentar para radical instruccion del Escribano principiante que los bienes se dividen en *muebles*, y *semovientes*; en *raices*; y *en derechos*, y *acciones*. Muebles, y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma, se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos; y raices, los que ni se mueven, ni pueden ser movidos. (1)

86 Son tambien raices los alfolies, graneros, y horreos, de que usan en Asturias; y las cubas, tinajas, y otras cosas semejantes, que por ser grandes no se pueden mover, ò aunque se pueda, están metidas en la tierra; mas no sino lo están, y se pueden mover sin deshacer su forma. (2) Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos, y demás cosas metidas en la fábrica de la casa, ò edificio, ò quitadas para bolverlas à meter; y con el molino, sus rodeznos, muelas, y demás aperos tocantes à su edificio, hallandose puestos en él, ò quitados para bolverlos à poner, porque todas estas cosas como son de la casa, y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto; ò si se quitaron con ánimo de no po-

(1) Ley Moventium, ff. de Verbor. significat. ley 1. tit. 17. Partid. 2. ley 4. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 33. Partid. 7. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 3. n. 7. y 8.

(2) Ley 29. tit. 5. Partid. 5. Hermosill. en ella glos. 1. Parlador. ubi proxime, n. 9. y 10.

ponerse, se gradúan por muebles. (1)

87 Se estiman igualmente por bienes raices los colmenares de abejas, palomares, y estanques de pescado, estando incorporados, ò metidos en la tierra; y por muebles, si se hallan separados, y son movibles; ò quando se mencionan solamente las abejas, palomas, y pescado. (2) El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por alhaja raíz; y si separado de éste, por semoviente. (3) Lo propio milita para con los frutos, los quales estando pendientes en los arboles, viñas, olivos, y heredades que los producen, son parte del fundo, por lo que se reputan por raices; y si están cogidos, y separados de ellas, por muebles. (4)

88 Los derechos, y acciones de mero derecho constituyen tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en él, se graduarán por muebles, ò raices, segun la clase à que competan, y sea preciso computarlos; (5) y asi las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente à la persona, siempre la siguen, (6) y en ellas se puede hacer execucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el debito, ò conste por instrumento guarentigio, y no de otra suerte. (7)

89 Los censos, y oficios públicos aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos, que pueden constituir hipo-

(1) Ley Granaria, §. Tegulæ, y ley Fundi, §. Quæ pictæ, vers. Item quod insulæ, ff. de Action. empti, y ley 28. tit. 5. Partid. 5. Hermosill. en ella glos. 4. y en la 29. cit. Parlador. ibi: n. 11.

(2) Ley 6. tit. 20. Partid. 2. Hermosill. en la 30. tit. 5. Partid. 5. glos. 1. n. 1. y 5. Parlad. dicho §. 3. n. 12. y 13.

(3) Ley 3. tit. 21. Partid. 2. Hermosill. en la 15. tit. 5. Partid. 5. glos. 1. n. 18.

(4) Gom. en la ley 70. de Toro, n. 29. Parlador. dicho n. 13. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 3. y cap. 15. n. 1.

(5) Thusc. litter. B. conclus. 62. Parlador. dicha part. 5. y §. 3. n. 15. Sesè decis. 122. n. 7. Giurb. ad Consuetudinem, cap. 12. glos. 5. n. 6 y 7.

(6) Peregrin. consil. 90. n. 29. Thusc. litter. B. cit. conclus. 103. n. 25. al 27. Giurb. ibi, n. 16.

(7) Ley A Divo Pio 15. §. Sic quoque judices 8. y sig ff. de Re judicat. et ibi Imol. Paul. Alex. y Jason. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 3. n. 43.

poteca, y admitir gravamen, son raices, como he sentado en el citado cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. y en quanto à los réditos de censos, distinguen los Autores: si se trata de los annuales, y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices, y si de los corridos, entre los muebles: y lo mismo si lo son de censo redimible, ò del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles; (1) pero yo siempre los graduaré à todos por muebles.

90 Supuesto lo referido: para que el Escribano entienda la clausula: *hacedla conforme à derecho*: que se pone en los mandamientos executivos, digo que esta clausula tiene su tendencia à que el Alguacil no trabe la execucion en bienes que no deben ser executados. Y porque dudará quáles son, ò no exceptuados, y querrá no errar, ni quedar en descubierto, digo asimismo que (regularmente hablando) se puede hacer, ò trabar execucion en todas, y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, con tal que no haya legal prohibicion por especial esencion, ò privilegio que esté concedido à algunos: y de los que lo gozan, trataré con individualidad en los numeros desde el 97. al 109.

91 Se puede hacer, ò trabar la execucion en la alhaja dada à emphiteusi, dexando salvo para el Señor del dominio directo su annual pension; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos, y nietos como tales, no puede embargarse, ni venderse, ni el dominio util, para satisfacer à los acreedores del emphiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse, se perjudica à sus succesores: bien que se podrán sequestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al succesor. (2)

92 Tambien se puede hacer en la sujeta à servidumbre,

(1) Felician. de Censib. lib. 2. cap. 3. n. 33. Sesè ubi supr. n. 27. Rodrig. de Redditib. lib. 1. quæstion. 3. n. 8. 10. y 11.

(2) Sr. Salg. Labir. part. 3. cap. 3. n. 33. Noguerol allegat. 37. n. 99. Parlador. ibi, n. 33.

bre, y venderse con ésta; y en los frutos, y comodidad que competen al usufructuario contra finca raíz de alguno; (1) y por contrato, ò delito en los bienes castrenses, y quasi castrenses del hijo que está baxo la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no pertenece à su padre; mas no en la propiedad de ellos, quando le pertenece; ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa de éste. (2)

93 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables, y vendibles, y compeler al deudor à que manifieste su titulo, y precedida licencia del Principe, los renuncie à favor del comprador; y no queriendo hacer la renuncia, darla el Juez por hecha; porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago à los acreedores, y aplican à los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como diariamente se vé. Pero si no son renunciables, y espiran con la muerte del concesonario, no se puede hacer execucion en ellos, à menos que sea unicamente por la vida de éste, pues entonces se puede trabar en su comodidad, y frutos. (3)

94 En la jurisdicion libre, que el deudor tiene en algun Pueblo, ò sitio, se puede hacer, y trabar la execucion igualmente que en otra qualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar, y dar *in solutum* al acreedor por el total de su debito, ò en parte de pago de él, si su precio no alcanzáre à cubrirlo, porque en estos Reynos se conceptúa, y estima como alhaja patrimonial, por ser hereditaria. (4)

95 Del propio modo puede trabarse en los bienes dota-

(1) Leyes 8. 20. y 21. tit. 31. Partid. 3. Carlev. tit. 3. disp. 1. num. 20. y disp. 20. num. fin. Sr. Salg. ubi proxime, cap 15. n. 31. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 70. num. 9.

(2) Carlev. titul. 3. disp. 20. n. 6. Parlador. ibi, n. 34. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 234. Gom. lib. 2. Var. cap. 15. n. 11.

(3) Rodrig. dicho cap. 5. n. 69. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 6. Avendañ. Respon. 38. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 61.

(4) Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 4. n. 68. Noguerol allegat. 36. Parlador. dicho §. 3. n. 50.

tales de la muger, y en sus frutos por la deuda que contrajo antes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas, las quales se deben satisfacer de los del verdadero deudor; (1) pero esto se entiende, no habiendo otros que la pertenezcan, pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la execucion, porque es justo no se irrogue detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales, para superar las cargas matrimoniales. (2)

96 Lo mismo que queda sentado en orden à los frutos dotales, quando la muger contrajo el debito antes de casarse, milita, y procede despues de casada por el de su marido; excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ambos, y de sus hijos; ò que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora, ni tampoco su marido segundo; ò que el debito se hubiese contraido precisamente para mantener à la muger, è hijos, pues en estos tres casos se podrán executar los frutos referidos. (3)

97 Gozan de exempcion, y privilegio, para no ser executadas las cosas Sagradas, y Religiosas dedicadas al Culto Divino. (4) En quanto à si se puede, ò no hacer execucion en las Capillas, y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos dicen absolutamente que no, à menos que se comprendan en la universalidad de bienes: y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la Iglesia reservó en sí el Patrono el derecho del sepulcro, se puede hacer execucion en él, porque es mere temporal, y profano, y quando hizo la reserva no estaba consagrada la Iglesia: y si lo adquirió despues de la ereccion, tambien, (y lo propio milita en la Capilla) porque por razon de esta preeminencia es igualmen-

(1) Ley Mulier. 73. ff. de Jure dot. ley A Divo Pio, ff. de Re judicat. y leyes 1. 2. y 3. Cod. de execution. Rei judicat.

(2) Authent. Hoc si debitor, Cod. de Pignor.

(3) Ley Satis 4. Cod. Ex quibus causis pignus, vel hipotheca tacite. Rodrig. dicho cap. 5. n. 70. Cur. Philip. ilustr. tom. 1. §. 16. n. 4. part. 2. Carlev. tit. 3. disput. 19.

(4) Ley 3. tit. 13. Partid. 5. y ley 7. tit. 2. lib. 1. Recop.

mente temporal, y como tal puede venderse, y transferirse, al modo que quando queda profano. Y lo mismo afirman del derecho de Patronato, especialmente si está anexo à herencia, ò mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con la universalidad de bienes. (1)

98 Está exceptuado de ser executado el derecho de usufructuar, porque es personal, y no se transmite à otro; y lo propio milita, quando el deudor tiene el mero uso, por la misma razon. (2) Lo están tambien los marmoles, columnas, y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, excepto que se haga igualmente en éstos la execucion, porque son parte suya, y de quitarse, se causa deformidad; (3) y las servidumbres Reales, (que son las que unas fincas ya sean rusticas, ò urbanas, deben à otras) à menos que se haga juntamente en las propias alhajas, porque no se pueden separar de ellas. (4)

99 No debe trabarse execucion sino por debitos Reales en la casa morada, armas, caballos, y mulas que tubieren, y en que andubieren los Caballeros, è hijosdalgo; (5) lo qual se observa, excepto en la casa morada, pues si carecen de otros bienes, se traba en ella porque no es justo que el acreedor se quede sin su credito, que de justicia, y en conciencia se le debe; y mas quando el deudor puede buscar, y alquilar otra para vivir; pero si estubiere hipotecada especialmente con otros bienes à la seguridad de algun censo, ù otro credito, y el deudor vendiere éstos ocultando el gravamen, y se quedáre solamente con la casa, aconsejaria yo que en todos se trabase, porque la obligacion sigue la hipoteca, y el compra-

(1) Ley Si monumento, Cod. Quæ res pignori obligari pos. cap. Ex litteris, de jure Patronat. et ibi Barbos. et de Offic. Parroch. cap. 26. n. 17. y 18. Garcia de Benefic. part. 5. cap. 9. n. 137.

(2) Leyes 20. y 21. tit. 31. Partid. 3. Sr. Castill de Usufruct. dicho cap. 70. num. 9.

(3) Hermosill. en la ley 28. tit. 5. Partid. 5 glos. 4. num. 4. Sr. Castill. lib. 5. Controv. cap. 62. n. 13. Parlador. dicho §. 5. n. 25.

(4) Ley 12 tit. 31. Partid. 3. Parlador. ibi n. 47. y 48.

(5) Leyes 6. tit. 17. lib. 5.: 9. tit. 1. y 3. 4. 5. 13. y 14. tit. 2. lib. 6. Recop. y ley 23. tit. 21. Partid. 2.

prador debe mirar con quien contrata; y aun quando en este caso se trabe en la casa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravamen.

100 Tampoco debe trabarse en las armas, y caballo, aunque sea por deuda Real, ù otra privilegiada, y carezca de otros bienes; (1) en las yeguas de vientre, sus crias, y caballos que tubieren los criadores de todos, pues no se deben contar en la valuacion, y aprecio de sus haciendas para este efecto; (2) ni en los libros de estudiantes, y Abogados, aunque carezcan de otros bienes, porque se equiparan à las armas. (3)

101 No deben ser executados el estipendio, sueldo, ò salario del oficial público, soldado, y togado, sino en defecto de otros bienes; ni el de los Doctores que enseñan públicamente, como tampoco el de los Clerigos; (4) y la razon es, porque no se distraigan del ministerio público, regio, ò eclesiastico, si les faltan los alimentos, en cuyo concepto se les da el sueldo; ni tengan que mendígar en desdoro, y oprobio del estado, oficio, y empleo; y por la reverencia debida à la Iglesia, al Rey, y à la Republica; pues sería iniquo fuesen de peor condicion que los operarios, y artesanos mecanicos; (5) por cuyas razones se les ha de dexar congrua substentacion, à arbitrio del Juez segun su clase, estipendio, y familia precisa; que en esta Corte por lo general se les embarga la tercera parte del sueldo; excepto que sea tan crecido, que con la mitad se pueda mantener el deudor; ò que éste la ceda al acreedor. Bien entendido, que de las dos partes que se les dexe para alimentarse, han de pagar el alquiler de casa, cria-

(1) Ley 27. tit. 21. lib. 4. y 9. al fin tit. 1. lib. 6. Recop.

(2) Leyes 2 y 5. cap. 6. tit. 17. lib. 6. Recop.

(3) Ley Advocati 14. Cod. de Advocat. diversor. judic. Acev. en la ley 19 tit. 21. lib. 4 Rec. n. 42. y 43. Parlad. dicho §. 3. n. 18. 22. y 23.

(4) Ley Stipendia, Cod. de Execution. rei judicat. ley Miles, ley Si miles, y Ley Commodis, ff. de Re judicat. y ley 3. tit. 27. Partid. 3. verb. *Ni en soldada*: y cap. Odoardus, de solutionib.

(5) Carlev. tit. 3. disput. 18. n. 3. y 4. Parlador. ibi: n. 19.

criados, y demás cosas semejantes, porque todas son parte de alimentos, pues la tercera es para acreedores de otra clase, à menos que sufrague para todos; lo qual he visto executoriado por el Consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

102 En los instrumentos con que los oficiales menestrales, ò artesanos exercen sus oficios, no debe trabarse execucion, porque son precisos para adquirir el diario alimento, y se estiman privilegiados como las armas, y libros. (1) Previniendo, que si fueren presos por deuda, debe el acreedor mantenerlos en la carcel nueve dias, y en defecto de bienes, y fianza han de ser sueltos, y entregarsele, de suerte que puedan usar sus oficios; y de lo que ganaren se ha de reintegrar, descontando primero su razonable alimento; y no teniendo oficio, servirse de ellos; (2) pero esto ultimo no se observa.

103 No debe hacerse execucion en el vestido diario, cama, y otras cosas indispensables al uso cotidiano de qualquiera persona, (las quales expresé en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. n. 65.) porque no están comprehendidas segun derecho en la obligacion general del deudor. (3) Lo qual se entiende, excepto que sea por debitos Reales: bien que si el deudor tiene, v. g. quatro colchones, y otras cosas duplicadas, y superfluas en quanto no son precisas para su uso diario, se le pueden sequestrar, v. g. dos colchones, &c. dexandole las indispensables, aunque el debito toque al Rey, como lo he visto practicar, practiqué, y se aprobó en juicio.

104 En los bienes de mayorazgo, ò sujetos à restitucion, no se debe trabar execucion; pero en sus rentas bien se puede, como pertenecientes al deudor, dexandole lo necesario para su decente manutencion, en caso que el mayorazgo sea qualificado, ò que à él esté anexa al-

(1) Dichas leyes Stipendia, y Commodis. Cur. Philip. part. 2. §. 16. n. 10. Parlador. dicho n. 19.

(2) Ley 4. tit. 16. lib. 5. Rec.

(3) Ley 5. tit. 13. Partid. 5. Parlador. dicho §. 3 n. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 75.

alguna dignidad, ò la tenga su poseedor, y no de otra suerte, como mas latamente expondré en el cap. siguiente num. 38. Lo qual se entiende, excepto que el fundador los haya gravado, pues entonces se pueden embargar, y vender, porque no es justo haya mayorazgo en perjuicio de los acreedores de justicia: al modo que no hay herencia, sino *deducto ære alieno*; pero esto procede quando el fundador no dexó bienes libres, pues si los dexó, se ha de hacer previa excusion en ellos, porque es conveniente que el mayorazgo no se aniquile, y que antes bien se procure su conservacion por el beneficio que de ésta resulta al Estado, y familia; (1) y es lo que se observa. Lo mismo se practíca quando el poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque en virtud de ella quedan libres, y separados de él hasta en la cantidad del gravamen; esto se entiende subsidiariamente, no habiendo dexado bienes libres, ò no alcanzando éstos à su solucion; pero sino intervino la facultad, tendrá derecho solamente el acreedor à cobrar los réditos durante la vida del constituyente, y si éste carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, lo perderá.

105 En el derecho que alguno tiene à que otro le alimente, no debe hacerse execucion, porque es personal, y no transmisivo, por lo que no se puede renunciar, ni transferir. Lo qual se limita en dos casos: el primero, quando se hace solamente en la comodidad, ò frutos que debe gozar el alimentario, pues los puede ceder, y traspasar por su vida, y no mas: y el segundo, quando se hace en los alimentos que el hijo tiene devengados, pues puede hacer lo propio. (2)

106 Tampoco debe hacerse execucion en el pan, ò tri-

(1) Parlador. ibi, n. 31. y 32. Rodrig. ibi: n. 74. Peregrin de Fideicommis. artic. 39. n. 3. Sr. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. num. 2.

(2) Ley Ubi frui, §. fin. ff. Si ususfructus petat. y ley Fructus, § Hac ratione al fin. ff. de Reivindication. Surd. de Alim. tit. 8. privileg 55. n 10. vers. *Nostra autem conclusio*: Carlev. tit. 3. disput. 20.

trigo del Posito por las deudas del Pueblo, (1) ni en cuerpo muerto, el qual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor impedir que se le sepulte: (2) ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan, ò renuncian à su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no son suyos, sino de éstos que los adquirieron del testador, ò renunciante. (3)

107 En los bienes propios de la muger casada, ni en sus vestidos, no debe trabarse execucion por las deudas, y fianza que su marido contrajo, y constituyó por sí solo antes, ò despues de contraher matrimonio, porque no está obligada, ni por consiguiente es responsable à su satisfaccion. (4) Sobre lo qual, y lo explicado en los num. 95. y 96. vease à *Carleval de Judic. tit.* 3. *disp.* 19. que lo toca con la energía, y solidez propias de su consumada literatura, y sublime talento.

108 Por las deudas del Concejo no deben ser executados los bienes de sus vecinos, ni las casas de Cabildo, Positos, ò Alondigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los Propios, y demás bienes que tenga; y careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del Pueblo por repartimiento proporcional segun el caudal de cada uno. (5)

109 Las naves extrangeras, que traen à estos Reynos mercaderías, ò bastimentos, tampoco deben ser executadas por las deudas de sus dueños, à menos que éstos las consignen para su pago, (6) pues puede renunciar su derecho. (7) Por lo tocante à los bueyes, mulas, siervos, y ape-

(1) Ley 16. tit. 21. lib. 4. Recopil.

(2) Ley fin. tit. 19. Partid. 1. y leyes 12. y 13. tit. 9. Partid. 7.

(3) Gutier. in cap. Quamvis pactum, n 6. y 1 . Mieres de Majorat. part. 4. quæst. 19. n. 69. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 68.

(4) Ley 61. de Toro, y ley 1. Cod. ad leg. Juliam de vi public. Rodrig. ibi, n. 70. Parlador. ibi, num. 42.

(5) Ley 6. tit. 21. lib. 4. y ley 7. tit. 17. lib. 5. Recop. Parlador. dicho §. 3. n. 35. al 40. Cur. Philip. part. 2. §. 16. n. 4.

(6) Ley. 12. tit. 17. lib. 5. Recopil.

(7) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

aperos para cultivar la tierra, y privilegios de los Labradores: vease el cap. 4. de mi primera parte n. 102. y 103. en donde explico latamente si pueden, ò no ser executados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo; pues por evitar duplicacion lo omito aqui.

110 En quanto à si el acreedor habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dimitirla, y pasar à la executiva, es question en que varian los Autores por falta de legal decision, y los menos dicen que sí, con tal que pague al reo las expensas que hizo en la ordinaria. Pero *Carlev. de Judic. tit.* 3. *disp.* 14. presupone dos casos: el primero, quando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la executiva, se recede de aquella, y pide por ésta; en cuyo caso resuelve con mas de treinta Autores, y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion de *litis pendencia*, à menos que el deudor se conforme: lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria, estando en su mano la executiva, es visto haber renunciado ésta: lo otro, porque carece de potestad para eludir el juicio que incoó, y está trabado con el deudor, sin que éste lo consienta, porque una vez contestado, pasó à casi contrato: y lo otro, porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia: y me adhiero à su dictamen.

111 El segundo caso es, quando el reo temiendo ser convenido por el actor, previene à éste en via ordinaria con demanda (que llaman de *jactancia*) exponiendo competirle excepcion contra el instrumento, ò sentencia que traen aparejada execucion, y pretendiendo que el Juez lo declare asi: en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la executiva, y que asi se ha de proseguir ésta, sin que lo obste la excepcion de la *litis pendencia*, porque ningun derecho autoriza, ni dá potestad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio executivo, que por virtud del instrumento, ò sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de éste su voluntad, y consentimiento. Lo qual amplia, aun quando la via ordinaria se haya principiado ante un Juez Ecle-

Eclesiastico, pretestando ser ilicito, y usurario el contrato, ò ante un secular, y la executiva ante otro: y lo limíta en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ò esté contenida en él, pues entonces habrá lugar su admision, y será obstativa para pedir la execucion; y la razon es, porque asi como la accion que de él aparece, es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye, y como tiene igual vigor, se debe proseguir, y concluir el juicio del reo como preventivo, antes que el pretendido por el actor; y tambien me conformo con su dictamen.

112 Y si el acreedor intenta primero la via executiva, y luego pasa à la ordinaria, (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata *Carleval.*) podrá dexar ésta, y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta allí en la ordinaria; y la razon es, porque aunque estas dos vias son diversas, pero no contrarias; à mas de que la executiva está introducida en su favor; por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese; y al reo no se irroga perjuicio, mediante que le paga las costas. (1)

113 Lo mismo procede quando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios; y quando éste intentó la ordinaria con protesta de bolver à la executiva siempre que quisiere. (2) Y se previene que si el acreedor hubiere executado al deudor ante un Juez, no le impide la *litis pendencia* bolverle à executar ante otro, y dexar la execucion incoada sobre la misma suma; pues la via executiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y solo se mira à la exaccion del credito; y asi en ningun caso obsta la excepcion de estár pendiente. (3)

Te-

(1) Paz tom. 1. part. 4. cap. 1. n. 2. y cap. 3. n. 1. Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 39. num. 7. Cevall. Comm. quæst. 8. 5. n 22. Marant. part. 6. tit. de Instrum. n. 13.

(2) Barbos. vot. 126. num. 10. Cur. Philip. illustr. tom. 1. part. 2. §. 1. n. 1.

(3) Noguerol alleg. 4. n. 26. Sr. Salg. de Retent. part. 2. capit. 10. n. 17. Parej. de Edition. tit. 4. Resolut. unic. §. 6. n. 121. Carlev. tit. 2. disp. 2. n. 16.

114 Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores, ò mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dexarlo, è intentarlo contra alguno de los otros, despues de contestado; y asi primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demás, como se prueba de las leyes 16. y 23. Cod. *de Fidejussoribus*: que por su orden dicen: *Liberum fuit antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo cæteros minus idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem petitionem divisam redintegrari juris ratio non patitur.* ley 23. *Reos principales, vel mandatores simpliciter aceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur,) licet.*

§. III.

COMO SE HA DE PEDIR, DESPACHAR, y trabar la execucion: con qué orden, y en qué dias puede, ò no hacerse. Qué personas pueden, ò no ser presas por deudas, y deben afianzar de saneamiento. Por quánto tiempo se han de dar los pregones à los bienes executados. Y quándo, y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

115 QUeda explicado difusamente en los §§. precedentes, qué cosas traen aparejada execucion; qué personas pueden pedirla, y ser, ò no executadas; y en qué bienes se ha de hacer, ò trabar: de lo qual me parece se puede instruir radicalmente aun el mas ignorante: paso à explicar cómo se ha de pedir, despachar, y hacer, y en qué bienes; qué diligencias se deben practicar hasta la citacion de remate; y otras co-

sas

sas utiles que el principiante notará en los numeros de éste.

116 Para que se pueda proceder executivamente, han de concurrir, y tener presentes el Juez seis circunstancias: la primera, que el executante sea parte legitima para pedir la execucion, y sin legal prohibicion de comparecer en juicio, v. g. por menor edad, excomunion, &c. y que al mismo tiempo que la pide, lo haga constar como requisito esencial, ya la pida por sí, ò en nombre de otro, pues de lo contrario no se debe despachar. (1) La segunda, que si constituyó obligacion de practicar antes por sí alguna cosa, la practique, pues conteniendola el instrumento, no se ha de expedir el mandamiento hasta que la cumpla, porque debe preceder siempre el cumplimiento de parte del actor. (2) La tercera, que si se pide en virtud de confesion, sea clara, y de cantidad líquida, pues si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar; y si la pide en fuerza de instrumento, que la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, de modo que resulte excepcion legitimamente obstativa; ni contenga vicio, ò defecto esencial, v. g. ser traslado sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original; no estár registrado el de especial hipoteca en la oficina de éstas, como está mandado, &c. en cuyos casos hasta que se purifique, y subsane el vicio, ò defecto, no se debe despachar, y si se despacha, es nula. (3) La quarta, que si el instrumento incluye plazo, ò condicion, estén cumplidos;

(1) Bald. in leg. 2. Cod. de Edict. Divi Adriani. Paz. part. 4. tom. 1. cap. 2. n. 18. y 22. Avendañ. in Declaration. leg. 4. et 5. tit. 8. lib. 3. Ordenam. n. 2. vers. *Primo debet.*

(2) Ley Julianus, §. Offerri, ff. de Action. empt. Parlad. lib 2. part. 5. §. 1. n. 22. Capic. decis. 17. Rodrig. de Execution. cap. 5. n. 13. y 17.

(3) Ley 2. ff. de Fide instrum. ley fin. ff. Quemadmodum testamenta aperiant, y cap. 1. de Fide instrum. Avendañ. en las leyes 4. y 5. tit. 8. lib. 3. Ordenam. n. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 16. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 10. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. limit. 8. §. 12.

dos; pues si antes de cumplirse la pide el acreedor, à mas de que no ha de ser oído, debe el Juez condenarle en costas, y prorrogar, ò alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba; porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavia, que no ser deudor; (1) para lo qual debe reconocer las Escrituras, por si son, ò no executivas, y no fiarse de Escribanos ignorantes; y si por haber despachado indebidamente la execucion se diere por nula, debe satisfacer, y restituir en pena los derechos que lleváre con el quatro tanto, y las costas à las partes. (2) Pero si el deudor viene à inopia, ò se presume que haga fuga, tiene la alternativa el acreedor, que es pedir la execucion antes del plazo, expresando, y justificando su insolvencia, ò el recelo, (pues en este caso se tiene por cumplido) ò que para quando espire le asegure la deuda con persona lega, llana, y abonada: (3) previniendo, que si se pide contra los herederos del deudor, ha de ser despues que pasen los nueve dias de su muerte, porque en su intermedio no deben ser reconvenidos; y si los legatarios pretenden sus legados, no sea mientras se formaliza el inventario, como por derecho (4) se ordena, segun expliqué en el cap. 1. n. 40. lib. 1. de esta segunda parte. La quinta, que el Juez antes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de quánto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide maliciosamente la execucion, segun lo manda la ley; (5) ò que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y sur-

(1) Ley 45. tit. 2. Partid. 3. ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. ley Fulcinio, §. Quo in diem, ff. Ex quibus causis in possessionem eatur, y ley Conditionalis, ff. de Verbor. signification.

(2) Leyes 34. y 35. tit. 4. libr. 3. Recop. Rodrig. ibi, n. 10.

(3) Ley 17. tit. 13. Partid. 5. Rodrig. ibi, n. 11. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicatam, limit. 7. n. 2. y 4. vers. *Ex prædictis.*

(4) Ley fin. tit. 13. Partid. 1. ley 7. tit. 6. Partid. 6. y ley 13. titul. 9. Partid. 7. Parlador. dicho lib. 2. cap. fin. part. 5. y §. 1. numer. 28.

(5) Ley 9. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. ibi, n. 14. Paz ubi supr. n. 21.

surte el propio efecto; lo qual se entiende no siendo heredero del acreedor el que pide, porque si lo fuere, no está obligado à ello por la razon expuesta en el num. 64. pues discrepa mucho el juramento hereditario del principal: (1) bien que por omitir el juramento no se vicia la execucion, porque la ley no lo pone por forma, sino por solemnidad, como dicen algunos Autores, aunque otros sienten lo contrario. Pero el juramento que deben hacer acreedor, y deudor de si hay, ò no interés, y en caso de haberlos, quánto importan, se requiere por forma substancial, sin el qual es nulo el instrumento, y no se debe admitir en juicio, segun lo previene el capitulo de la Pragmatica inserto en el num. 39. Y para no incurrir en la pena de la demasía, y de otro tanto como ésta importe, que la ley 9. tit. 21. lib. 4. Recop. impone al acreedor, por pedir mas que lo que legitimamente se le debe, ha de poner en el pedimento esta clausula: *y protesto admitir en quenta legitimas, y justas pagas*, con la qual se liberta de ella en el caso que explicaré en el num. 346. porque se restringe, y limita à la cantidad, à que real, y verdaderamente asciende el débito; (2) pues muchos acreedores habiendo percibido algo à quenta de sus creditos, piden por el todo con malicia, ò por no haber sentado lo que han tomado, y no acordarse. Y la sexta, que el Juez lo sea competente del reo executado, por alguna de las causas expresadas en el capit. 1. de este libro numer. 37; pues asi en las executivas como en las demás debe seguir el actor el fuero del reo, y de lo contrario es nulo el mandamiento, por obstarle la excepcion de incompetencia; (3) y lo mismo procede quando se pide en dias en que es-

(1) Ley Generaliter al princip. Cod. de Reb. cred. Parlad. part. 5. lib. 2. cap. fin. §. 1. n. 27.

(2) Dieg. Per. en la ley 21. titul. 14. lib. 2. Ordenam. glos. 1. vers. *Quod autem*: Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 129. n. 3. Paz ibi, n. 18. y 19. Rodrig. ibi, n. 15.

(3) Sr. Salg. de Retent. part. 2. cap. 17. y part. 3. de Reg. cap. 3. n. 54. Acev. en di ha ley 19. Avendañ. en el tit. de las excepciones, num. 25. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 2. §. 1.

está prohibido hacer juicio. (1) En quanto à cómo han de proceder los Jueces por virtud de sumision à su jurisdicion de las personas existentes, ò no dentro de ella, vease la ley 20. tit. 21. lib. 4. Recop. inserta en el cap. 4. de mi primera parte num. 86. adonde remito al Lector.

117 Concurriendo las circunstancias expresadas, aunque muchos Jueces inferiores indulgentes porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero, y pagar, y no se le irrogue extorsion, suelen dar contra él un precepto *solvendo*, que es: *que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de execucion*, con lo qual no se destruye la qualidad, y naturaleza del juicio: lo cierto es, que siguiendo (segun están obligados,) el rigor de la ley, deben despachar mandamiento executivo *in scriptis* contra sus bienes, y especialmente contra los que estén asi obligados, (y tambien contra su persona, à menos que goze de exempcion, ò se intente la hipotecaria contra tercero poseedor) por la cantidad pedida, su decima, y costas, sin pedir fianza al acreedor, ni citar al deudor; excepto que sea heredero del que constituyó el débito cedido por el acreedor, pues entonces debe ser citado, porque éste no podia incoar la execucion contra él, sin hacer constar antes ser tal heredero; y si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos, sin estár obligado à mas, por lo que no se puede proceder contra su persona. (2) Y el mandamiento de execucion se ha de entregar al mismo acreedor, y no al Alguacil, pena de nulidad de ella, como lo manda la ley; (3) y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte. (4) La práctica es entregarlo al Escribano, y Alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la execucion, pues con su consentimiento ce-

(1) Acev. ibi, n. 27. Avendañ. dicho n. 25. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 4. per tot.

(2) Ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. Bald. in leg. Per diversas, Cod. Mandati. Parlador. dicha part. 5. §. 2. n. 15. Carlev. tit. 3. disp. 9. per tot.

(3) Ley 17. tit. 21. lib. 4. Recopil.

(4) Auto 7. tit. 6. lib. 2. Recop.

cesa la razon de la prohibicion legal, y ésta.

118 Tres requisitos deben intervenir para que no se anule la execucion por defecto, ò vicio en las diligencias: El primero, que no se haga en dias festivos, ò colendos, por estár prohibido; à menos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entonces la necesidad lo dispensa; ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio, que en estos le concede el derecho, como antiguamente se hacia en las Escrituras: bien que muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la execucion, sobre lo qual vease à *Parlador. lib.2. cap.fin. part.5.* §. 4. pero no se practíca, excepto que preceda habilitacion de unos, y otros dias, ni el Escribano debe hacerlo sin este requisito. El segundo, que pudiendo ser habido el deudor, se le requiera con el mandamiento executivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagandola, que señale bienes en que trabar la execucion, y se trabe en ciertos, determinados, y suficientes à cubrir la deuda, su decima, y costas, y no general, è indistintamente en todos los del deudor, sin especificar los que son. (1)

119 Y el tercero, que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los quales se comprehenden los semovientes segun derecho, (2) aunque la ley recopilada no hace mencion de estos; no habiendolos, en los raices; y à falta de todos, en las deudas, derechos, y acciones del deudor, no estando pactado lo contrario en el contrato; cuyo orden se requiere por forma segun la ley 19. tit.21. lib. 4. Recop. que dice: *Porque por no estár declarado por leyes de estos Reynos la forma que se ha de tener en las exe-*

(1) Ley 1. Cod. de Jure dominii impetrand Bald. in leg. ult. in fin. Cod. de Bonis authoritat. judic. possidend. glos. in leg. Properandum, § Sin autem reus, Codic. de Judic. Paz tom. 1. part. 4. cap. 2. n. 28. Parlador. lib. part. y cap. cit. §. 3. n. 60.

(2) Ley Moventium, ff. de Verbor. signification. y ley 10. titul. 33. Partid. 7.

executiones::: sigue especificando el orden referido, y mas abaxo dice: *Y por esta forma se haga la execucion*:: &c. de modo, que si se invierte esta legal forma como substancial, se vicia el acto, y puede apelar el executado, pues no debe exceder, ni pasar de una cosa à otra diversa; mas no apelando, queda firme, y no se anula. (1) Tampoco se anula quando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado, ò existente en poder de otro; ò en réditos, ò pensiones annuas. (2) Pero si el fisco executa por sus rentas, no se observa el orden expuesto, como en el num. 81. del cap. 3. de este libro diré.

120 Este orden legal de hacer la traba (que algunos dicen no es de los substanciales, sino de los que miran à la solemnidad, y que por lo mismo aunque se invierta, no se vicia el acto, porque se debe atender à la verdad del hecho,) se entiende, quando la obligacion es meramente personal, ò general hipotecaria; pues si fuere hipotecaria especial, sin embargo de que el acreedor pida la execucion contra todos, y qualesquiera bienes de su deudor, y se despache asi, se debe trabar en los especialmente ligados, y afectos à su responsabilidad; y la razon es, lo primero, porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda. Lo segundo, porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase. Y lo tercero, porque no obstante que por derecho antiquisimo (3) el acreedor que tenia hipoteca especial, y general en los bienes de su deudor, podia trabarla en los que mas bien le pareciesen, sin hacer excusion en los especialmente gravados; pero segun disposicion posterior se ha temperado aquella, y asi se debe hacer la traba en las hipotecas especiales, por las dos razones expuestas, y porque de lo con-

(1) Ley Cum ii, §. Si prætor, ff. de Transaction. ley 1. §. Si quis ita, ff. de Verbor. obligation. y cap. Cum dilecta 22. de Rescript. Rodrig. dicho cap. 5. n. 29. Parlador. §. 3. cit. n. 4. y 5. Cur. Philip. ilustr. part. 2. §. 15. n. 16.

(2) Carlev. tit. 3. disp. 2. numer. 5. Parlador. ibi: n. 44. y 45.

(3) Ley Creditoris arbitrio 8. ff. de Distraction. pignor.

contrário se puede irrogar perjuicio à otro de inferior grado, à quien no estén sujetas, y de equidad se le debe evitar. (1) Asi se prueba de la ley 2. *Cod. de Pignorib.* que dice: *Quamvis constet specialiter quædam, et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et æquale jus in omnibus habere: jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum reddigere debitum, ea quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses Provinciæ jubebit.* Y si luego apareciese que no son suficientes, se puede ampliar la execucion, y embargo à otros bienes à instancia del acreedor; y asi se practíca en esta Corte. Lo mismo procede quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas en ella contenidas, y no en otras, sin exceder, ni pasar de una à otra, (2) como queda sentado, porque versa identidad de razon: bien que en uno, y otro caso si la execucion se despacha contra todos, y especial, y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practíque de esta suerte, en el de que el mandamiento executivo esté expedido en los terminos propuestos.

121 Puede hacerse la traba de execucion en muchas alhajas, ò bienes del deudor, nombrandolos individualmente en la diligencia: ò en una sola en voz, y nombre de los demás que aparezcan pertenecerle al tiempo del remate, segun en esta Corte se practíca, porque no hay legal prohibicion: y aunque lo regular es, si está presente el deudor, que nombre, y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler à

(1) Rodrig. ibi, n. 30. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 7. num. 2. y sig. Negusanc. de Pignorib. membr. 2. part 5. n. 51. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 18. Paz tom. 1. part. 4. cap. 4. n. 5.

(2) Ley 47. tit. 18. y ley 3. al fin. tit. 27. Partid. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 3. y cap. 10. n. 33.

à ello, y prenderle, pudiendo ser preso por deuda civil: (1) no obstante, sino se dexa ver, tiene facultad el Alguacil, ò executor de trabarla en qualesquiera que halle en su casa, porque segun derecho (2) se presumen suyos, mientras su dueño no haga ver al Juez que no lo son. Y en estos casos, y en el de que el acreedor los nombre, como puede, se debe hacer la traba *por cuenta, y riesgo de éste*, y expresarlo asi en la diligencia, para que si tocan à otro, como lo ignoran los Ministros, no se les impute à culpa su invencible ignorancia, pues asi lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas por declararse nula la execucion por este vicio. Previniendo que el Alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba, y embargo quando se oculta, ò no parece, una vez que le abran la puerta espontaneamente, pero no allanarla con violencia sin expresa orden judicial.

122 Formando concurso de acreedores el executado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de deposito, ò en otra forma semejante, y pertenecientes à otro; ò se trabó en ellos la execucion, debe acreditarlo éste ante el mismo Juez del concurso, y como uno de los acreedores seguir con los demás su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que ignorantemente se le sequestraron en inteligencia de ser propios del concursante, (3) ò éste dimitió en manos del Juez, y puso en su memorial. Des-

(1) Paris de Puteo de Syndic. verb. *Executio*: per glos. in leg. penult. ff. de Cesion. bonor. Felin. in cap. Quoad consultationem; de re judicat. Paz tom. 1. part. 4. capit. 7. n. 5.

(2) Ley Bonorum appellatio, ff. de Verbor. significat. ley Actor, Cod. de Probation. ley Extat. 25. ff. de Jure fisci, ley fin. Cod. de Reivindication. ley Qui accusare, Cod. de Edendo. ley 1. Cod. de Alienatione judicii mutante, y §. Retinendæ, Institut. de interdict.

(3) Ley Si ventri 8. § In bonis, ff. de Pactis. leg. creditor. ley Si hominem, §. Quoties, ff. Depositi, y ley Si patet, Cod. de Cesion. bonor. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 11. n. 106. y sig.

123 Despachandose la execucion contra el fiador, puede nombrar, ò señalar bienes que tenga en su casa, ò fuera de ella el principal deudor, en que se trabe; (1) y resultando ser agenos, debe el Juez oír breve, y sumariamente à su dueño, entregarselos, precedida justificacion de su pertenencia, y hacer nuevamente la execucion en otros del deudor, como se prueba de la ley 3. tit. 27. Partid. 3. que dice: *E si por aventura en cumpliendo el juicio, acaeciese contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, ò que habian derecho en ellas, è non de aquel contra quien fue dada la sentencia: estonce debe el Juzgador llanamente saber verdad, si es como dicen; è si fallare que es asi, debe dexar las cosas, è cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda.* Pero el Alguacil no debe dexar de embargarlos, y depositarlos, aunque el mismo deudor, y el que se titula dueño, digan ser de éste, porque como mero executor carece de potestad para declarar à quien tocan, y entregarlos; y asi se han de inventariar con separacion, y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y se exprese por su dueño, ò por el executado.

124 La traba de execucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor, para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento executivo, (como pudiendo ser habido, debe hacerse) pues pagando, se acaba el juicio. Si se hace en una alhaja en voz, y nombre de las demás, ò en algunas, se puede mejorar, ò ampliar en qualquier estado de la causa à instancia del acreedor, como queda expuesto, ya sea porque no le parezcan suficientes, ò porque presuma que las embargadas toquen à tercero; à cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de *mejorar la execucion, ò ampliarla en qualquier estado del pleito siempre que*

(2) Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 5. quæst. 5. n. 43. Sr. Castill lib. 4. Controvers. cap. 14. n. 29. Noguerol alleg. 21.

que convenga, y lo pida el acreedor, pues asi lo practican los inteligentes.

125 Dirigiendose la execucion contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, v. g. el del mayorazgo afecto à un censo que otro de diversa linea impuso: se ha de trabar en la alhaja gravada, y no en los bienes libres privativos del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea, y no estén obligados, ni en sus rentas; y no haciendose en esta forma, es nula la execucion por el vicio con que se trabó; y opuesto este se bolverá al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabáre en ellos, y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo util no se vicia por lo inutil, y asi quedará sequestrada ésta, y los demás bienes se desembargarán al instante que se pida. Lo qual obtuve, y executorié en pleito que seguí, y prevengo al Escribano para que no cometa semejante absurdo, porque este poseedor ni constituyó obligacion personal, ni la tiene de responder con otros bienes que con los especialmente hipotecados, por no ser heredero, ni traer causa del que contrajo la hipotecaria.

126 Pero ya se haga la traba en la forma prescripta en el num. 124. ò en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad, è individualidad; depositar à presencia de tres testigos en persona lega, llana, y abonada del Pueblo; y no llevarlos à su poder el Alguacil, ni dexarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley; (1) y el Alguacil puede apremiar à la que tenga las qualidades referidas, à que los reciba en deposito, entregandoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le irroga alguno, porque el ser depositario judicial es carga que à todos comprende, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarian los acreedores sin poder cobrar sus creditos, y los deudores consumirian los bienes embargados. Y si son raices, ò juros, censos, ù otros efec-

(1) Ley 7. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. dicho cap. 5. n. 31.

efectos redituables, no hay que hacer deposito formal, excepto que sea de los frutos que tengan pendientes, y rediruen: y lo que se debe practicar es: *requerir à los arrendatarios, y demás que deban contribuir con sus rentas al deudor, las retengan à ley de deposito à orden del Juez que conoce de la causa, ù otro competente, sin entregarlas à persona alguna sin su mandato, baxo la pena de bolverlas à pagar de su caudal no lo cumpliendo*; cuyo requerimiento han de firmar los requeridos, si saben: acreditar con recibos lo que pagan, y están debiendo, y el Escribano expresarlo en él; de modo que se traba la execucion en la alhaja, y se mejora en sus alquileres, réditos, y pensiones.

127 Tambien puede entregarlos al acreedor, no en concepto de tal, sino en calidad de deposito, otorgandolo à orden, y disposicion del Juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las qualidades referidas, pues no hay prohibicion legal: ò si no, hacer que aquel por su cuenta, y riesgo busque quien lo sea; lo qual expresará el Escribano en la diligencia, haciendo que la firme, para que se sepa que lo eligió: y en ello se portará de suerte, que ni él, ni el Alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias, y otras semejantes ambos están expuestos.

128 Manifestando la muger del deudor su carta de dote; si es legitima, por concurrir en ella las circunstancias expresadas en el cap. 2. de mi primera parte §. 2. num. 50: iguala, ò excede al debito: y debe ser preferida à éste por los motivos alli expuestos, y que expondré en el cap. 3. de este libro num. 88. se la ha de nombrar depositaria de los bienes executados, con obligacion de responder de ellos, y tenerlos à disposicion del Juez de la causa, y no hacerle la extorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada en ellos antes que el executante. Lo qual se entiende, ya esté, ò no amparada, como en esta Corte se practica, porque el amparo ningun vigor, ni prelacion la dá, y solo sirve para que los executores no toquen à los conocidos de la muger, que consten en el instrumento dotal, y existan.

Pero no siendo legitima la dote, ò aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato executivo, ò éste debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos.

129 Hecha la traba, se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la execucion, ya esté, ò no preso, y haya dado, ò no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento; y si no parece, se debe hacer saber à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos; (1) para lo qual precedidas tres diligencias en su busca, como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el executante al Juez, haciendoselo presente, y pretendiendo se le dexe memoria por escrito con expresion de los efectos de la notificacion; à lo que debe deferir: y el Escribano se la ha de dexar, expresando en la que estienda en los autos, el nombre, y apellido que dixo tener la persona à quien la entregó, quién era, y à qué hora se la dió, para que desde ésta le pare el perjuicio que haya lugar; cuya hora pondrá tambien en la memoria.

130 No pagando el deudor la cantidad, por que se le executó, dentro de setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificó el estado de la execucion, (que son tres dias naturales) incurre en la pena de satisfacer la decima parte mas, (2) en donde hay estilo de exigirla, y no de otra suerte. La paga del debito ha de ser Real, efectiva, lisa, y llana, para no incurrir en la pena de la decima, pues aunque consigne, y deposite dentro del termino referido su importe, si contradice su entrega, y pide los autos, pretextando tiene que excepcionar, y probar, no se exime de su satisfaccion, à menos que pruebe excepcion que elida la execucion; y la razon es, porque la consignacion con esta qualidad no es la paga que se solicita, sino solamente seguridad de ella, y asi se le habrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán à ambos contendores los

(1) Ley 21. cerca del fin, titul. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. ibi, num. 32.

(2) Ley 30. tit. y lib. dichos.

los diez dias de la ley, sin que haya necesidad de citarle de remate, como à mi instancia se executorió en pleito que seguí, pues con la consignacion qualificada se quedan el deudor, y el debito en el mismo estado que tenian antes de hacerla, y los autos en su fuerza, y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que al contrario haciendose llanamente, por haber cesado la causa de su continuacion.

131 Para que el executado no alegue ignorancia, tiene obligacion el Escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiendole con ella, y con las costas, si no paga la deuda en el mencionado; y asimismo la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace, y no practicandolo asi, debe pagar al acreedor el daño, que se le irrogue, y es nula la execucion. (1) Y lo propio debe hacer en la memoria, ò cedula que le dexe quando no pudo ser habido, como queda advertido al fin del num. 129. Pero si en el Pueblo no hay estilo de exigir la decima, no ha de mencionarla en la notificacion.

132 Le ha de preguntar al mismo tiempo: *Si da, ò no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su termino, ò que se dén; ò si los renuncia con su termino*, y poner la respuesta que dé: bien entendido, que si responde que los renuncia, y tambien su termino, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ò no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del termino por pedimento ante el Juez, y de esta suerte queda à cubierto el Escribano, y no puede alegar el executado que es supuesta la renuncia del termino; pero en quanto à la de los pregones, protestando gozar de éste, bien puede admitirsela el Escribano aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio, antes sí beneficio en evitar los gastos de darlos, si dentro de él paga.

133 Los bienes executados se deben vender en pública subasta, ò almoneda por pregones, segun la ley: estos han de

(1) Ley 21, tit. 21. lib. 4. Recopil.

de darse luego que se hace la traba, y notifica el estado de la execucion, no habiendolos renunciado el deudor, y deben ser tres en esta forma: si son raices, en cada nueve dias uno, de modo que se pasen treinta dias, los veinte y siete que han de mediar en tres nueves de pregon à pregon, y los tres en que estos se han de dar: y si son muebles, en nueve dias, cada tres uno, (1) y todos los en que se den, han de ser utiles, y no feriados, ni colendos, pues dandose en estos, son nulos, por estár prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como tengo expuesto en el cap. 1. de este libro num. 12. Lo mismo digo de los en que se fixen edictos, ò cedulas para la venta, ò para emplazar, ò llamar judicialmente en causa civil à parientes, acreedores, ù otros, y de ello se debe poner fé expresiva, è individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal, ò de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien utiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo. (2) Y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, è inmediatamente que se notifica el estado de la execucion, pues ignorandose su valor nadie se moverá à hacer postura; no se observa en esta Corte, porque durante el termino de los pregones, y el de los diez dias podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda, ò acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion, y pregones inutiles; y asi hasta que la causa se sentencia de remate, ni se tasan, ni pregonan sin embargo de lo que dispone la ley; cuya práctica, como mas equitativa, y arreglada, es la que observaré en la extension de las diligencias de este juicio. Previniendo, que los pregones se deben dar à las puertas del Oficio del Escribano originario, ò de la Audiencia, ò en los parages públicos que haya costumbre en el Pueblo, para que llegue à noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala; y aunque el pregonero es

(1) Ley 19. dicho tit. y lib.
(2) Ley 43. cerca del fin, titul. 13. lib. 8. y leyes 17. y 18. titul. 7. lib. 9. Recop.

es persona pública, y por esta razon parece bastaria su certificacion jurada, y expresiva de quantos dió, y en qué dias, y parages; mejor es que los presencie el Escribano para que pueda dar fé de ello, los estienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude de que se dieron, pues asi se practica en esta Corte, porque en el pregonero ninguna autoridad reside como en el Escribano, y por consiguiente no hace la fé que éste.

134 Existiendo el executado con sus bienes en otra jurisdicion, ò en Pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar quatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demás en el del juicio. (1) Previniendo, que si se dan en menor tiempo que el mencionado, es preciso que se buelvan à dar de nuevo, no obstante que para ello intervenga consentimiento del executado, pues queda circunducta, y es nula la execucion; mas no, dandose en mayor. (2)

135 Quando se trabó la execucion en bienes muebles, y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para estos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el termino mayor se incluye, y comprehende el menor. Si se mejoró, ò hizo de nuevo en otros, que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean. (3) Y si se trabó en muebles, y amplió, ò mejoró en raices, se han de dar en los treinta dias, porque esta mejora es continuacion de la traba, ò embargo, y es lo mismo que si se principiára por ellos, pues lo mas digno atrae à sí lo menos digno; por lo que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente en los nueve dias. Todo lo qual se entiende aunque se haya trabado en una alhaja en voz, y nombre de las demás que se embargaren, y

(1) Ley 36. tit. 4. lib. 3. Recop. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 8. n. 6.

(2) Sr. Covar. lib. 2. Var. capit. 11. n. 3. Parlad. §. 8. cit. numer. 7. y 8. Rodrig. dicho cap. 5. n. 81.

(3) Cur. Philip. part. 2. §. 18. n. 5. y 6.

y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate; porque como los pregones se dirigen à que llegue à noticia pública la venta, y llamar à los compradores para que hagan postura, y mejora en los bienes executados: sino consta *nominatim* quáles son, y sus tasas, mal podrán moverse à comprarlos, ponerles precio, ni pujarlos.

136 No obstante que el executado renuncie como puede, y dé por dados los pregones, es preciso que se pase su termino, (1) porque la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. lo pone por forma, segun se prueba de sus palabras, ibi: *y dados los pregones*: Lo qual procede aunque se omita la protexta referida en el num. 132. porque ésta se pone por estilo, y para dirimir qualquier escrupulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cabilacion maliciosa, y dilatoria; y asi por carecer de ella, ni dejará de pasar el termino, ni la execucion se anulará; previniendo, que los dias de termino se deben contar, como si se dieran los pregones, y por consiguiente han de ser utiles todos los treinta respecto querer gozar de ellos el executado, y es lo que se practíca en esta Corte.

137 Es superfluo darlos quando la execucion se trabó en dinero existente en poder del deudor, ò depositado en el de un tercero; porque como no se ha de vender, y con él se ha de hacer pago al acreedor que lo pretende, cesa la razon de la ley, y por consiguiente su precepto, que se dirige à los bienes venales; y asi se le ha de citar de remate incontinenti que se le notifique el estado de la execucion, sin preguntarle si los da, ò no por dados para que se oponga à ella, excepcione, y pruebe en el termino legal lo que le convenga, y seguirse la via executiva en igual forma, à excepcion de la subasta, y pregones. Lo mismo debe practicarse por identica razon, quando la obligacion del executado es de pagar en especie determinada, v. g. trigo, aceyte, &c. y la execucion se trabó en ella, porque en la propia especie se ha de hacer el pa-

(1) Paz part. 5. Prax. cap. 2. n. 39. Rodrig. cap. 5. y n. 81. dichos Sr. Covar. ibi.

pago ; (1) y asi no hay que dar pregones , respecto de que no ha de haver venta, ni en la sentencia se debe mandar *que se haga trance , y remate de los bienes executados , sino que se vaya por la execucion adelante , y con los bienes executados se haga pago al acreedor*, porque lo contrario sería un error.

138 Si no hay pregonero en el Pueblo, como en muchisimos sucede , basta fixar edictos , ò cedulas en los parages públicos de el del juicio , y de el en donde están sitos los bienes executados en los dias utiles expresados, poniendo el Escribano , ò Escribanos respectivos fé de su fixacion en los autos , con insercion literal de la cedula , y especificacion de los sitios en que se fixaron , y celebrandose pubicamente à su tiempo la venta , y remate ante el Juez del Pueblo del juicio , si alli existen , (2) y si no, en virtud de su especial comision , y no de otra suerte ante el del territorio en que estén ; y asi lo observan los inteligentes.

139 No solo se ha de hacer la traba, y notificar al deudor el estado de la execucion , sino que antes , ò despues de notificarselo debe requerirle el Alguacil que afiance de saneamiento de los bienes executados , aunque sean raices; y que no lo haciendo le pondrá preso. (3) Esta fianza es de substancia del juicio , segun se prueba de la ley 19. titul. 21. lib. 4. Recop. que dice : *mandando por él* (habla del mandamiento de execucion) *que se haga la execucion en bienes muebles , y à falta de ellos en bienes raices, con fianzas de saneamiento , y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor* : y debe ser dada por sugeto lego , llano , y abonado , que no goce de fuero , y sea facil de ser reconvenido , y por consiguiente que exista en el

(1) Ley A Divo Pio 15. §. Sed etsi pecunia 11. y §. Præterea pecuniam 12. ff. de Re judicat. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 2. n. 1. Cur. Philip. ibi n. 8.

(2) Avendañ. de Exequend. mandat. part. 2. cap. 12. num. 2. vers. *Et adverte* : Parlador. dicho §. 8. n. 5. Rodrig. ibi n. 80. vers. *Nec etiam.*

(3) Baez. de Inope debitore cap. 1. n. 27. Parlad lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 5. n. 1. Rodrig. cap. 5. cit. n. 33.

el Pueblo del juicio, ò al menos dentro de la Provincia, y no en otra; y asi ha de tener bienes conocidos, y no ser Clerigo, noble, soldado, muger, ni menor, (1) ni tampoco Labrador, sino por otro Labrador; (2) y asegurar *que los bienes executados son libres, y propios del deudor, y serán suficientes al tiempo del remate para là satisfaccion del principal, decima, y costas; y en su defecto obligarse à satisfacerlo todo, ò lo que falte con los suyos, hecha previa excusion en los del deudor; y no lo haciendo, que le apremie à ello por todo rigor de derecho, y via executiva, el Juez de la causa.* De cuya fianza, sus efectos, quién debe, ò no recibirla, y cómo se ha de estender, traté con bastante difusion, y claridad en el capit. 4. de mi primera parte, §. 5. num. 135. y §. fin. numer. 181. en donde podrá instruirse el principiante.

140 Sin embargo de que esta fianza es de substancia del juicio executivo para que no quede ilusorio, y no dandola el executado, ha de ser preso, aun quando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ò constituya la de la *Haz*, ò de estár à derecho, (3) de que tambien traté en dicho capitulo, y §§. y el Alguacil no debe remitirla, ni en su defecto dexar de prenderle, ya sean muebles, ò raices sus bienes, excepto en el caso que expresaré en el num. 164. porque de no hacerlo se expone à ser condenado al pago si luego salen fallidos en todo, ò parte, como lo ví executoriado en esta Corte, reservandole, y al Escribano la repeticion contra el deudor: no obstante, (aunque el Escribano no es para otra cosa que para autorizar qualquiera acto que presencie, como testigo de excepcion con autoridad pública, y real, à fin de que no se

(1) Ley Fidejussor 2. ley Si Fidejussor 7. §. Si necessaria: ley De die 8. §. Qui mulierem: §. Tutor: y §. Jubet, ff. Qui satisdare cogant. ley Milites, Cod. de Locato, y ley 2. tit. 12. Partid. 5. Rodr. ibi. Jul. Clar. Pract. crimin. §. fin. quæst. 46. n. 13. Afflict. decis. 137. Parlador. dicho §. 5. num. 4.

(2) Ley 28. tit. 21. lib. 4. Recop.

(3) Parlador. part. 5. dicha, §. 6. num. 7. Cur. Philip. part. 2. §. 17. num. 2.

se dude de él) para que le aconseje lo que ha de practicar, y ninguno de los dos quede en descubierto: debo prevenirles que hay personas, qui si no dan la citada fianza, han de ser presas: hay otras, que absolutamente hablando, ni deben darla, ni por consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras, que tampoco deben darla, ni ser presas, ni reconvenidas por mas de lo que puedan pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia.

141 Las que deben darla, y de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza, ù otro que de ello las exima, ya sean mozas, ò ancianas, porque la ley 19. citada habla indistinta, y absolutamente, y à ninguna edad exceptúa; pero esta prision no se debe entender rigorosamente como suena; quiero decir, que no se ha de afligir, ni molestar al deudor con prisiones, sino solamente detenerle en la carcel sin ellas hasta que pague, ò se le mande soltar; y lo contrario, à mas de ser impio, è iniquo, porque la carcel no fue establecida para castigar, sino para custodiar à los presos mientras se substancian, y determinan sus causas, está prohibido por la ley 34. tit. 4. lib. 3. Recopil. bien que acerca de lo que sobre esto pasa en los Pueblos, especialmente si intervienen resentimientos, hay mucho que decir, y mucho mas que corregir, pues llega el tiempo de la venganza, y se presenta la ocasion para usar de ella à medida del deseo.

142 No deben darla, ni por consiguiente ser presas por deuda puramente civil las que gozan del citado privilegio, pues están exceptuadas por la referida ley 19. que prosiguiendo, dice: *No siendo tal que conforme à las leyes de estos Reynos no pueda ser preso por deuda:::* y son los hijosdalgo, y nobles, constando serlo, y estár recibidos por tales en el Pueblo del juicio, ò en el en que habitan. Pero lo podrán ser si la deuda procede de delito, ò quasi delito: ò por ocultacion probada de sus bienes, y alzarse con ellos: ò por pechos, y derechos pertenecientes al Rey, y no à otro, ò por rescate suyo, y

de sus consanguineos captivos: (1) ò por haber negado ser nobles al tiempo del contrato, pues por el engaño no les sufraga el privilegio para aquel caso, antes bien quebrantan su libertad; y el que niega la qualidad, ò privilegio concedido à su persona, lo pierde: (2) ò por dimanar el debito de mala, y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito: (3) ò por cometer hurto, ò exercer algun oficio vil, pues mientras lo usan se conceptúan viles: (4) ò por ser hijos espurios, à los quales aunque su padre sea noble no compete el privilegio de nobleza, antes bien son reputados por infames; (5) pero los nacidos de legitimo matrimonio, y los naturales reconocidos por su padre gozan de él: (6) ò por cometer infamia, pues el que se hace infame pierde todos los honores que obtenia, y no puede obtener otros, si se le prueba la infamia: (7) ò por fiar à alguno en causa criminal por la condenacion aplicada al fisco, y no à la parte: bien que sobre esto hay variedad de opiniones, y la negativa es la mas segura en mi concepto, porque aunque este debito dimane de delito, no lo ha cometido el fiador, que es del que habla la ley, y asi debe ser personal.

143 La nobleza, ò hidalguia de estos Reynos de Castilla es de dos clases, à saber: de privilegio, y de sangre: la de privilegio es la que los Señores Reyes como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen, (8) conceden à algunos en remuneracion de los meritos, y ser-

(1) Ley 4. tit. 19. lib. 5. y leyes 4. y 6. tit. 2. lib. 6. Recop. Cur. Philip. part. 2. §. 17. num. 7. al 10. y otros que cita.

(2) Ley 1. Cod. ad Macedonian. Ley Qui cum se, ff. de Re judicat. y leyes 1. y 2. Cod. Si minor se majorem dixerit. & ibi DD. Gom. en la 79 de Toro, n. 4. y lib. 2. Var. cap 11. num 54.

(3) Bald. in leg 1. § 1. vers. Tutores, ff. de Falsis ley 3. §. Tutores, ff. de Suspect. tutor. Cur. Philip. ibi n. 12.

(4) Leyes 12. y final tit. 21. Partid. 2.

(5) Leyes 1. y 3. tit. 15. Partid 4.

(6) Ley 1. tit. 11. Partid. 7.

(7) Ley 7. tit. 6. Partid. 7. ley unic. Cod. de Infam. ley Infamia, Cod de Decurion. ley 2. Cod. de Dignitat. y regul. infamibus, de Regul. jur. in 6.

(8) Ley 6. tit. 27. Partid. 2.

servicios hechos à su Real Persona, ò à su Corona, para que la gocen en los terminos contenidos en los titulos, ò cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7. tit. 2. lib. 6. Recop. ibi: *Es nuestra merced, y voluntad que gocen de ellos, y de las dichas hidalguias, y esenciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos*: : : :

144 Estos titulos, ò cartas se llaman *Privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases: (1) La primera es una concesion de esencion de determinados tributos, y cargas personales, y de las franquezas, y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones, y restricciones; (2) y los que obtienen estos titulos, sus hijos, y descendientes no son, ni se deben llamar *hidalgos*, sino propia, y adequadamente *esentos*. (3) La segunda clase es la en que los señores concedentes dicen *que los concesonarios sean tenidos por hidosdalgo*; y asi gozan sus personas de todas las honras concedidas à estos. (4) Y la tercera es, quando dicen expresamente *que los hacen hijosdalgo, y à sus descendientes, y que sean habidos, y tenidos por tales, &c.* con las demás firmezas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos: y los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legitima, y natural, gozarán de las immunidades, distincion, y franquezas que los hijosdalgo llamados *de sangre*, (5) y se les debe sentar entre los hijosdalgo del Pueblo en que habitan, y copiar en los libros de Padrones el privilegio, para que jamás se dude de su concesion, y aunque estos son hidalgos de privilegio, sus descendientes lo serán necesariamente de sangre, porque en ellos es hidalguia heredada, y no adquirida, como adelante diré.

Hay

(1) Moren. de Vargas de Nobilitat discurs. 7. n. 4. Garcia de Nobilitat. glos. 1. §. 1. n. 51.

(2) Ley 10. tit. 18 Partid 3. y ley 7 tit 2. lib. 6. Recop. Gutierr. lib 4. Pract. quæstt. 1. n. 11. Garcia ibi n. 1.

(3) Moren. ibi n. 5. al fin.

(4) Ramir de leg. Reg. §. 33. n. 14. Merch. de Succes. lib. 3. part. 3. §. 30. n. 291. Moren. ibi n. 6.

(5) Alex. in leg. 1. ff. de Vulgar. n. 9. Garcia ibi n. 50. y gl. 35. n. 3. Moren. ibi, n. 7.

145 Hay otra clase de privilegios de nobleza, que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguia, en que el Rey expresa *hallarse certificado de que el padre, abuelo, y demás ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener entera noticia de sus personas, y nobleza, los declara por tales, y manda se les guarden las esenciones que les corresponden, &c.* cuya declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian, para que no esté encubierta, obscura, ni confundida, como hasta entonces (segun à muchisimos sucede por su pobreza, y otros acasos,) antes bien conste en adelante que son nobles de solar conocido por tal; (1) y para conseguir esta declaracion (lo qual es bastante arduo, y dificil) debe el pretendiente presentar à S. M. en derechura, y no à la Camara, no solo informacion de testigos, que declaren à lo menos por fama pública, y oídas à sus mayores, y estos à los suyos, que desciende de aquella casa, y familia por linea varonil, sino las partidas, testamentos, y demás documentos que acrediten su derivacion, y testimonios de los empadronamientos de nobleza de la familia, y sugeto con quien deben entroncar, sacado, y hecho todo con la respectiva citacion de Procuradores Sindicos, del mismo modo que si litigára en la Chancillería; y si se le admite, hacer el competente servicio, al modo que si solicitára privilegio de nobleza, por no tenerla.

146 La nobleza, ò hidalguia de sangre, es la que se hereda de aquellos à quienes se concedió, y en quienes tubo principio, como se prueba de la ley 3. tit. 21. Part. 2. que dice: *Fidalguia es nobleza que viene à los omes por linage: è por ende deben mucho guardar los que han derecho en ella, que no la dañen, ni la menguen; cà pues que el linage face que la hayan los omes asi como herencia, non debe querer el fidalgo que él haya de ser de tan*

(1) Ley Adeo, §. Cum quis et Celsus, ff. de Acquirend.rerum dom. ley Hæredes palam, §§. 1. y 2. y ley Duo sunt, ff. de Testam. Moren. ibi n. 15.

tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, è heredaron, mengue, ò se acabe en él. De modo, que la nobleza obtenida en el dia, y la heredada de mil años há, como proveniente de una fuente, y concedida con iguales prerrogativas, es la misma en la esencia, y solo se diferencia en la antiguedad, y en que para el sugeto à quien se concede es de privilegio, porque no precediendo éste no puede haberla, y para sus hijos, y descendientes es de sangre, por haberla heredado: y en que ni sus hijos, ni el concesonario podrán cruzarse, si el estatuto la pide de padres, y abuelos; pero tan nobles son en el efecto distintivo de la plebe los unos como los otros, respecto gozar de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si éste la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos, pero no al contrario, porque la muger es el fin de la familia, y à nadie ennoblece por sí sola; y si la madre la tiene tambien, serán nobles, como lo expresa la misma ley, ibi: *Pero la mayor parte de la fidalguia ganan los omes por honra de los padres: cà maguer la madre sea villana, è el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasciere, è por fijodalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciere de fija fijadalgo, è de villano, non tobieron por derecho que fuese contado por fijodalgo.* Bien que el hidalgo, y el noble no se diferencian en el goce de esenciones.

147 Como no pude haber nobleza civil sin que el Príncipe la conceda, (y afirmar lo contrario es suponer que Dios crió dos clases de hombres, una de nobles, y otra de plebeyos, quando la Escritura nos enseña que no hubo mas que un Adán, de donde todos provenimos: ò que qualquiera Pueblo, ò persona puede ennoblecerse civilmente à sí mismo, ò concederla à otros, lo qual es falso, porque carecen de autoridad, y potestad para ello:) tampoco se presume, sino se prueba, y asi debe justificarla el que alega tenerla. (1) La prueba de la concedida se ca-

(1) Ley 8. tit. 11. lib. 2. Recop. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 16. n. 10. Gu-

califica por el titulo, ò privilegio de su concesion, y de ésta no se debe dudar, porque el mismo titulo la acredita; y aunque el concesonario es hidalgo de privilegio, lo serán necesariamente de sangre sus hijos, y descendientes, porque la heredaron, como dexo expuesto: y el discurrir de otro modo es enfermedad gravisima del entendimiento, y un patente fanatismo, y nimio alucinamiento con que estubieron preocupados en los siglos de la obscuridad nuestros progenitores, y aun oy lo están muchisimos necios, cuya preocupacion, y otras les sugieren la falta de leccion, buena educacion, y algo mas, y la sobra de insolencia, orgullo, y sobervia. Y la prueba de la que llaman de sangre, (cuya concesion no consta, por lo que se duda de ella) se concibe baxo de tres especies, que son: *posesion local*: *posesion general*: *y propiedad posesoria.* Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente, y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de veinte años; (1) y al que lo justifica se manda guardar la posesion vel quasi de hijosdalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro*, dando à entender, que en saliendo de él ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, à saber: del pretendiente, su padre, y abuelo por igual tiempo de veinte años continuos, y cumplidos; y al que asi probare se manda amparar en la posesion vel quasi de hidalguia, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en el ser, y propiedad, porque este litigio se reserva al Procurador fiscal, y al Concejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente, (como lo he visto) pero entretanto goza de todos los honores, è immunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria, en vir-

Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 14. n. 4. Garcia de Nobilit. glos. 12. n. 5. y glos. 13. n. 1. Escobar de Purit. part. 1. quæst. 8. §. 1. n. 22.

(1) Ley 8. cit. Otalor. part. 2. cap. 5. n. 9. Garcia glos. 7. n. 20. glos. 12. n. 11. y glos. 40. num. 1. y sig. Moren. discurs. 6. n. 5.

virtud de la sentencia primera de amparo. (1) Y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de quatro personas, que son: el pretendiente, su padre, abuelo, y visabuelo: (2) oy es suficiente probarla de sí, su padre, y abuelo, con tal que además se pruebe la immemorial; (3) y probando en estos terminos se expide executoria, por la qual se declara hijodalgo al pretendiente; y causa tanta notoriedad, que no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguia, y nobleza de sangre, porque induce perpetuo silencio, y civil seguridad, y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas mientras conserven castidad, y no se casen, gozan de la misma hidalguia. (4) Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene à ser nada mas que posesion declarada de ella, pero no propiedad, porque para esta es menester, ò acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó à gozarla, el qual es el verdadero titulo de ella, y sin él no puede haberla, sino solamente posesion de su goce: ò justificar descender de casa, y solar conocido por noble; cuyas dos clases de nobleza civil son las verdaderas, y no la de mera posesion, porque para adquirir ésta en los Pueblos, hay muchos amaños que la facilitan, y el dinero hace valer todas las pretensiones del que lo tiene; y como dixo nuestro Seneca en el lib. 21. epist. 116. y la experiencia nos lo enseña: tanto es, y vale cada uno, quanto tiene; y asi la nobleza es una continuada riqueza.

148 Están comparados los hijosdalgo de executoria en quanto al goce de esenciones à los de *solar conocido*, *Infan-*

(1) Dicha ley 8. Garcia gl. 11. y 12. n. 10. y glos. 28. Otalor. part. 2. cap. 10. n. 1. Faria ad Covar. lib. 1. Var. cap. 16. n. 16. y 61. Moren. discurs. 6. cit. n. 4. Sesè tom. 1. decis. 2. n. 12. y decis. 3. n. 1.

(2) Ley 2. cerca del fin, verb. *E por ende*: tit. 21. Partid. 2.

(3) Leyes 7 y 8. tit. 11. lib. 2. Recop. Garcia glos. 7. n. 16 y 27. glos. 12. n. 1. y glos. 18. num. 7. Otalor. part. 3. cap. 6. num. 1.

(4) Ley 9. tit. 11. lib. 2. Recop. Otalor. part. 2. cap 9. n. 6. y 11. Garcia glos. 8. §. 1. n. 16. Acev. in Rubr. tit. 2. lib. 9. Recop.

fanzones, *ò Gentiles*, que son aquellos cuya nobleza, è hidalguia es notoria à todos los de la Provincia en que habitan: y la notoriedad se causa por ser descendientes de casa, y solar, que de todos es conocida por noble, y no existe en tierra llana, que poblaron los Sarracenos, sino en la Montaña, ò en Galicia, Asturias, Guipuzcoa, Vizcaya, y Navarra, en donde se refugiaron, y reunieron las reliquias de los Catholicos, para defenderse de los Mahometanos quando hicieron su irrupcion en estos dominios, y exterminarlos de las Castillas, y demás Provincias de que se apoderaron; y aunque su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y calamidad que se padeció, hasta que se consiguió la total expulsion de estos, se presume haberse concedido al que edificó el solar, por los servicios hechos à la Corona, y à la Patria, y como digno por ellos de remuneracion se le distinguió, y permitió edificarlo, poniendo en él sus armas, y distintivo; lo que de lo contrario no se le permitiria; (1) y asi los que de él descienden pueden llegar à la suprema dignidad, y soberanía de Emperador, ò Rey, (2) porque esta hidalguia por su antiguedad es mas excelente, segun lo dice al fin la ley 2. tit. 21. Partid. 2. *Pero quanto dende en adelante* (viene hablando, y haciendo referencia à los visabuelos) *mas de lueñe vienen de buen linage, tanto mas crecen en su honra, è en su fidalguia.* Bien que el nombre de *solariego*, ò *hidalgo* es mas antiguo que los de *Infanzon*, y *Gentil*, aunque se entienden por una misma cosa. (3)

149 Esta palabra *solar* (de donde se deriva el nombre de *solariego*) es, y se entiende por el suelo en que esta edificada la casa del que ganó, y sacrificandose, obtuvo la

(1) Garcia glos. 18. n. 3. 4. 33. y 34. Otalor. part. 2. cap. 4. n. 6. Acev. in Rubr. tit. 7. lib. 6. Recop. n. 198. Moren. discurs. 5. n. 1. y discurs. 6. n. 2. al fin.

(2) Ley 23. al fin tit. 21. Partid. 2. y ley 1. en las de los Godos, cap. de la Eleccion de los Principes.

(3) Salazar de Mendoza Origen de las Dignidades Seculares, cap. 7. y dicha ley 1. de los Godos. Moren. discurs. 4. n. 1. al 10.

la nobleza, y por la misma casa, ò edificio primitivo, cuyos dueños se denominaron *Señores Solariegos*, que quiere decir *Señores de Vasallos*, y sus descendientes por linea masculina; *hijosdalgo de solar conocido*; para denotar la nobleza de sus progenitores que en los edificios propios que habitaron, dexaron signos demonstrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes; (1) pero han de ser poseídos por herencia, y varonía, y sin particion; por lo que aunque los compre el que no goza de la nobleza, no se titulará noble, al modo que el que compráre la casa del Decurion, no se denominará Decurion; (2) de todo lo qual trata con mucha mas extension *Garcia de Nobilitat. glos.* 18. à quien puede ver el aplicado.

150 Aunque la nobleza civil como derivada del Principe temporal es buena para que los concesonarios, y sus descendientes tengan distintivo externo, y accidental, y gocen de algunas esenciones mas que los que carecen de ella: hay otra que como substancial, inherente al alma, y concedida por el Soberano Criador de Cielos, y Tierra, la supéra, y excede en sumo grado: esta es la de bondad, y virtud, segun lo significa la ley 6. tit. 9. Partid. 2. por estas palabras: *E nobles son llamados en dos maneras, ò por linage, ò por bondad: è como quier que el linage es noble cosa, la bondad pasa, è vence: mas quien las há amas, este puede ser dicho en verdad rico ome, pues que es rico por linage, è ome cumplido por bondad.* Pues el verdadero noble debe ser virtuoso, *y cumplido, ò cabal*, de donde viene la palabra *Caballero*, y no solamente de andar à caballo; y por serlo aquellos Heroes dignos de eterna memoria, y alabanza, que à esmeros de su virtud, y servicios, y de sacrificarse por la Religion, por el Rey, y por la Patria, obtuvieron, y se les concedió justamente la nobleza, y distincion civil, no solo se

(1) Garcia glos. 18. dicha numer. 10. al 24. Moren. discurs. 5. n. 4. y 5.

(2) Ley 2. Cod. de Prædiis, et omnibus reb. naviculariorum. Lucas de Penn. in leg. Cum neque al fin. Cod. de Incol. Garcia glos. 18. cit. n. 25. al 29.

se les llamó hidalgos, ò nobles, sino que se les escogió, y colocó entre los Caballeros, entresacando de mil uno, para condecorarle con la insignia de Caballero; de lo qual instruye perfectamente el tit. 21. de la Partid. 2. y por no ser prolijo, omito explicarlo.

151 La nobleza de bondad es la real, y verdadera, la celebrada en divinas, y humanas letras, y la estimada, y amada de Dios, y de los buenos; (1) y el que la tiene, el que es, y se debe llamar con propiedad noble, porque está adornado de la qualidad mas preciosa que hay, y à la verdad solo éste debia gozar de ambas. La civil puesta en paralelo con ella, y haciendo juicio comparativo entre las dos, no es mas (hablando con pureza, è ingenuidad imparcial) que un ente imaginario, cuya esencia consiste unicamente en un papel, ò pergamino; y creer lo contrario es fatuidad, preocupacion, y falta de instrucion; y como dixeron Solón, y las plumas mas doctas, y juiciosas: mas noble es el que por sus meritos se hace, que el que nace con el aereo, y accidental distintivo de nobleza, pues à muchos que la gozan, y nada serían en el mundo à no haberla heredado, se podia responder lo que Ciceron à Verres que le arguía de menos ilustre: *Tu casa acabó en tí, porque perdiste el honor con la conjuracion: mas la mia empieza en mí, que la acredité con las letras, y con la lealtad.* Y asi ni hay mas honra que la que se adquiere por la virtud, y buen proceder, ni mas clases de hombres que dos, una de buenos, y otra de malos; y si solo à los buenos se concediera, y permitiera gozarla, todos se esmerarian en serlo, y en imitar à los que la adquirieron, y no habría tanta maldad en el mundo, ni los que están destituidos de meritos propios, harían en oprobio suyo alarde de los agenos, para mancharlos, y borrarlos con sus indecorosas acciones. No me detengo mas en esta materia: el que quiera instruirse de ella, lea los Autores citados, y otros, pues me he separado demasiado de mi instituto, y

(1) Sapient. cap. 4. Eccles. capit. 10. Aristot. 1. Æthicor. cap. 8. San Pablo ad Corinth. cap. 15. Tiraquel. de Nobilitat. cap. 21. n. 31.

y asi buelvo à tomar el hilo de él, que es lo que importa al Escribano principiante.

152 De la nobleza del executado puede conocer sumaria, è incidentemente el Juez que entiende en la execucion, y determinarla, oyendo al executante, cuya determinacion à nadie mas perjudica que à éste; y durante el litigio ha de ser suelto el executado baxo la fianza de la *Haz*, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo à los Alcaldes de hijosdalgo de la Chancillería; y no dando esta fianza, ha de subsistir en la carcel; pero si la nobleza del executado es notoria, y por tal la alega: en este caso recibida informacion de su notoriedad, y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna, (1) y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

153 Sin embargo de que el executado manifieste al Escribano, y Alguacil que ván à executarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro Pueblo, no deben por eso dexar de ponerle preso, si carece de bienes, ò teniendolos, no afianza de saneamiento, à menos que exhiba mandamiento de amparo de algun Juez de aquel Pueblo; (como en esta Corte lo solían dar los Alcaldes de ella, lo qual ya les está prohibido,) ò executoria que haya obtenido; ò que conste publicamente estár admitido por tal en el mismo Pueblo: pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento, ò executoria, debolviendoselos, y dar cuenta al Juez, suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero poner diligencia de estár recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon que diese la fianza.

154 Entre los fueros, y leyes que para su gobierno hicieron antiguamente los Vizcaínos, es uno el de que todos los vecinos, y domicialiados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguía, no

(1) Acev. en la ley 4. n. 30. y en la 19. tit. 21. lib. 4. Recop. numer. 64. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16. n. 6. Rodrig. de Execution. dicho cap. 5. n. 45.

no solo dentro de él, sino en qualesquiera partes, lugares, y Provincias de estos Reynos, con tal que los domiciliados fuera de Vizcaya prueben que su padre, ò abuelo paterno nacieron en él: y por fama pública que sus anteriores progenitores por linea paterna fueron naturales Vizcaínos, y todos ellos tenidos, y reputados por tales; y aunque no prueben mas, basta para que les sea guardado el privilegio: (1) por lo que no deben ser atormentados, sino por los delitos de lesa Magestad, heregía, falsa moneda, ò pecado nefando, (2) ni ser presos, ni executadas las casas de sus moradas, armas, ni caballo por deuda que no dimane de delito, *vel quasi*, aunque hayan renunciado su hidalguía. (3) Estas esenciones, y privilegios (que ellos se concedieron por lo que se ennoblecieron à sí mismos,) y otras que contienen sus fueros, están confirmadas por los Señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, decimooctavo Señor de Vizcaya, se entregaron al Señor Rey Don Juan el primero de Castilla con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos, como hasta entonces, y confirmarlos los Señores Reyes sus succesores, à lo que asintió por justos motivos que à ello le impelieron, por cuya razon se les guardan; y asi es privilegio de Vizcainía concedido al País, y à los que nacen, y descienden de él, y no otra cosa, excepto que acrediten ser nobles por otros medios, y servicios como los de las demás Provincias.

155 Gozan del privilegio de nobleza, aunque no la tengan, para no ser presos por deuda puramente civil, los Jueces durante su oficio: los graduados de Doctores, ò Licenciados en qualquiera facultad por Universidad aprobada, y los Abogados, aunque tengan solamente el grado de Bachiller, por lo que tampoco están obligados à afianzar

(1) Ley 16. tit. 1. de los Fueros de Vizcaya.

(2) Ley 9. tit. 9. de los mismos fueros.

(3) Leyes 3. y 4. tit. 16. de ellos.

zar de saneamiento. (1) Pero esta no es nobleza, sino esencion concedida al oficio, grado, y facultad, por lo que no trasciende à la posteridad del que la exerce; y lo propio milita para con los Oficiales Militares, si no han nacido con ella; (2) bien que en quanto à estos me parece (aunque no he visto declaracion real) deberá limitarse à los subalternos, y no à los Coroneles, y demás de grados superiores.

156 Los Maestros de primeras letras aprobados en esta Corte para dentro, ò fuera de ella, que obtuvieren titulo del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las esenciones personales que los que exercen artes liberales de la carrera literaria, asi en quintas, levas, y sorteos, como en las demás cargas concegiles, y oficios públicos de que se eximen los que profesan facultad mayor, segun Real Cedula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso à primero de Septiembre de 1743. refrendada de Don Francisco Xavier de Morales y Velasco. Y lo propio debe militar para con los que exercen las Artes de Arquitectura, Escultura, y Pintura, porque están declaradas por nobles.

157 La muger no puede ser presa por deuda, à menos que dimane de delito, ò quasi delito, ò que se prostituya, siendo conocidamente mala de su persona. (3) Si es casada goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga; y conservandose viuda del noble, ò del Oficial de Casa Real, y viviendo castamente, la competen los privilegios de su marido, al modo que quando casada. (4) En quanto à las esenciones de los Caballeros de las Orde-

(1) Ley 3. tit. 10. y ley 8. titul. 31. Partid. 2. leyes 8. y 9. titul. 7. lib. 1. Recop. ley Advocati, y ley Laudabile, Cod. de Advocator. diversor. judic. Rodrig. de Execution. dicho cap. 5. n. 48. al 52. y otros que cita.

(2) Ley Miles, ff. de Re judicat. Garcia de Nobilit. glos. 48. §. 4. n. 9. Cur. Philip. part. 2. dicho §. 17 n. 17. al 19.

(3) Ley 62. de Toro, que es la 10. tit. 3. lib. 5. Recop. ley 3. tit. 7. Partid. 3. ley 1. y Authent. Hodie novo jure, Cod. de Custodia Reor.

(4) Ley 9. tit. 11. lib. 2. y ley 18, tit. 14. lib. 6. Recop.

denes Militares, criados, y Secretarios del Rey, Labradores, y otros, vease lo que expliqué en el cap. 4. §. 4. num. 94. al 103. de mi primera parte, pues por evitar repeticion omito explicarlo aqui.

158 El menor de veinte y cinco años no debe ser preso por deuda civil, sino que tenga la libre administracion de sus bienes; y la razon es, porque asi como no puede tratar, ni comparecer en juicio, tampoco puede causar contumacia que motive la prision, ni se debe hacer execucion en su persona: (1) ni el enfermo hasta que sane: (2) ni el Pregonero mientras va pregonando: (3) ni el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, lo hizo en el termino, y con la pureza legal sin ocultacion, y manifiesta todos los bienes de que se compone, pues solo está obligado hasta en su importe, y cumple con su entrega; pero sí al contrario. (4) Previniendo, que quando los legatarios, y acreedores del difunto no presenciaron la confeccion del inventario, y dudan, ò sospechan si el heredero ocultó algunos bienes, le pueden hacer que jure si lo hizo, ò no fielmente, y sin engaño; y lo mismo pueden inquirir por los testigos presenciales, y siervos del testador en dicho caso. (5)

159 Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ò administrador por la deuda de su tutela, y administracion, excepto que no manifiesten los bienes de estas: (6) ni los Procuradores de Cortes durante el tiempo de su encargo, à menos que sea por contrato, ò delito hechos en la Corte, ò

(1) Rodrig. dicho cap. 5. n. 53. Parlador. lib. 2. part. 5. §. 6. numer. 15. Bobadill. lib. 3. Polit. capit. 15. n. 29.

(2) Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 4. n. 213. Farinac. tom. 1. tit. 4. de Carcerib. quæst. 27. numer. 27.

(3) Bart. y Jason. en la ley 2. ff. de In jus vocand. Tallad. de Carcer. cap. 11. §. 4. al fin.

(4) Leyes 5. 6. 7. y 10. tit. 6. Partid. 6. Carlev. tit. 3. disp. 9. Rodrig. de Execution. cap. 4. n. 5. y 6. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1.

(5) Ley 6. tit. 10. Partid. 6. cit. y ley fin. §. Donec, Cod. de Jure deliberand.

(6) Parlador, dicha part. 4. §. 3. n. 1. al 4.

ò por debitos reales; y lo propio milita para con los de los Pueblos que van à ella à negocios de estos; (1) ni el que tubiere tres años continuos doce, ò mas yeguas de vientre, por deuda contraída despues de tenerlas, excepto que toque al Rey; y goza de otras esenciones que le franquean las tres leyes del tit. 17. lib. 6. Recop.

160 Y los que no han de ser convenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, que no pertenezca al Rey, y antes bien se les ha de dexar congrua sustentacion segun su condicion, y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni por consiguiente están obligados à afianzar de saneamiento, (2) y son el Clerigo ordenado *in sacris*, ya sea por lo que debe à otro Clerigo, ò à lego; el de menores ordenes, si obtiene beneficio eclesiastico, y no de otra suerte: (3) el socio por la de su compañia, à menos que renuncie este beneficio, (4) como puede: el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido, y muger, por la de unos contra otros respectivamente: (5) bien entendido, que aunque la madre, y abuela sean alcanzadas en la tutela de sus hijos, y nietos, y renuncien el auxilio concedido à las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en quanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta esencion se les concede por la reverencia que aquellos las deben, y por su renunciacion no se quita: (6) el marido por la dote de su muger, aunque renuncie este beneficio, y pacte que pueda ser convenido por su total; (7) de cuyo privilegio gozan igual-

(1) Ley 4. tit. 3. Partid. 3. y leyes 10. y 11. tit. 7 lib. 6. Recop.

(2) Ley Sunt qui 16. hasta la 22. ff. de Re judicat. ley 1. tit. 15. Partid. 1. y regla In condemnatione 173. ff. de Regul. jur.

(3) Cap. Odoardus, tit. de Solutionib. y ley 23. tit. 6. Partid. 1. et ibi glos.

(4) Ley 15. tit. 10. y ley 1. titul. 15. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en la primera, glos. 4. y 5.

(5) Dicha ley 1. tit. 15. Partid. 5. Baez, de Inope debitore cap. 17. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 24.

(6) Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 88. n. 12. Matienz. en la ley 10. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 3. et ibi Acev. Rodrig. dicho cap. 5. n. 56. y 57.

(7) Ley ultim. tit. 11. Partid. 4. dicha ley 1. tit. 15. y ley Alia causa 14. §. Eleganter, ff. Solut. matrimon.

igualmente sus hijos, y padre, ò suegro de la muger, pues no se extingue con la muerte del marido; (1) pero no sufraga à los herederos estraños de éste: (2) el que por accidental, è inculpable infortunio, v. g. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes: (3) el Juez residenciado: (4) el señor por la deuda de su liberto, ni éste por la de aquel; el donante por la donacion que hizo, (5) pues de lo contrario le sería demasiado gravosa su liberalidad: y el Soldado que sirve al Rey. (6)

161 Tampoco debe ser convenido en mas de su posibilidad, ni está obligado à responder en juicio el que hizo cesion de sus bienes, ò concurso de acreedores con la pureza legal, por la de alguno de estos, à cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia, pues aunque venga à mejor fortuna, se le ha de dexar congrua sustentacion de los que despues de la cesion adquiera, (7) porque éste, y los expresados en el numero precedente gozan del beneficio que llaman *de la competencia*, y asi se les debe dar, y pueden pedir alimentos de sus propios bienes; excepto què tengan arte, oficio, ù otro modo con que alimentarse; ò que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para su vital conservacion, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda. (8)

162 Lo propio milita para con los Duques, Condes, Mar-

(1) Leyes Rei judicatæ 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. y Sicut autem 21. ff. de Re judicat.

(2) Leyes Maritum, 12. Quia tale 13. y Sciendum 25. ff. eod. tit.

(3) Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 11. n. 46. Sr. Salg. dicho cap. 24. n. 2. Baez. de Inope debitore, cap. 4. n. 5. y sig. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. § 6. n. 19.

(4) Abiles in cap. Prætor. n. 20. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 4. n. 93. Parlador. dicho §. 6. n. 18. Cur. Philip. part. 2. §. 17. n. 28.

(5) Ley 4. tit. 4. y ley 1. tit. 15. Partid 5. y ley Inter eos, ff. de Re judicat.

(6) Ley Miles 6. y ley Item miles 18. ff. de Re judicat.

(7) Ley Qui bonis 6. ff. de Cesion bonor. y ley 3. tit. 15. Partid. 5.

(8) Ley 15. al fin tit. 10. Partid. 5. et ibi glos. 8. glos. in leg. Si maritus in id, ff. Solut. matrimon. et in leg. Si quis argentum, §. 1. Cod. de Donation. Cur. Philip. dicho §. 17. n. 24.

Marqueses, y otros Magnates, y Señores jurisdicionales, si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos Reynos se les deben subministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados, con preferencia à sus acreedores, para evitar que se vean precisados à mendigar, ò à exercer ocupaciones indignas, è indecorosas que cedan en oprobio, y desdoro de su dignidad; pero no para con los poseedores de mayorazgo simple, à que ninguna dignidad pública de titulo, varonía, ò jurisdicion está anexa, pues estos aunque sean nobles, no tienen derecho à ser alimentados en el caso que los Señores jusisdicionales. (1)

163 Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño, y el otro adquirir utilidad, no gozará éste del privilegio de no ser convenido en mas de lo que pueda; ni quando el uno lo tiene generico, y el otro especifico; ò en habito, y potencia, y el otro en acto; (2) ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente à los principales deudores. (3)

164 No incurrirá en pena el Alguacil por exercer con los contenidos en los numeros 160. y 161. el rigor de la ley, porque ninguna se la impone, si el mandamiento executivo se dirige contra sus personas, y bienes, pues quien debe mirarlo, es el Juez al tiempo de expedirlo: y si no gozan del privilegio expresado, ni de otro los deudores, y se expide unicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos, aunque carezcan de ellos, ò teniendolos no afiancen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia; pero sí dar cuenta inmediatamente al Juez de lo que ocurra, para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra sus personas, es visto no querer que

(1) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 24. Rodrig. dicho cap. 5. numer. 73. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. y §. 3. cit. n. 32.

(2) Ley Verum, §. fin. ff. de Minorib. Carlev. tit. 1. diput. 2. quæst. 6. sect. 7. n. 626. Parlador. lib. 1. Rer. cap. 17. n. 28.

(3) Ley Etsi fidejussor, 24. ff. de Re judicat. et ibi Bart. y Alex. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 30. n. 35.

que se proceda contra ellas, y el Alguacil como mero executor carece de potestad, y facultades para alterar, y exceder de lo que expresa, y literamente le manda, ò prohibe el Juez.

165 Pasado el termino de los pregones, y no antes, y de mandato expreso por escrito del Juez à instancia del acreedor, y no de otra suerte, se ha de citar en persona al executado, (pudiendo ser hallado en su casa, ò en el Pueblo) para dos fines, el uno para que se oponga à la execucion, y excepcione contra ella, y el otro para en su defecto proceder à la venta, y remate de los bienes executados, y pregonados; y quando el Escribano le haga la citacion, debe apercibirle con arreglo à derecho (1) *que si dentro de tres dias primeros siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio à mostrar paga, quita, ò razon legitima que impida el remate, se procederá al de los bienes executados sin mas citacion, y para ello à sentenciar la causa por el importe del debito, su decima, y costas causadas, y que se causen hasta el real, y efectivo pago de todo*; y dar fé en la citacion de haberle hecho este apercibimiento, expresandolo. Lo qual se entiende excepto que la cosa en que se trabó la execucion, sea dinero, ò no necesite venderse, porque es la que se pide, y con ella se ha de hacer el pago, pues entonces puede ser citado luego que se le notifica el estado de ésta, como sentè en el num. 137. y no es necesario observar la forma de la execucion, porque cesando la venta, cesa la subasta, y cesando el fin, cesan los medios concernientes à conseguirlo. (2) Y lo propio milita quando renunció expresamente por escrito (como puede) no solo los pregones, sino tambien su termino.

166 No dexandose ver el executado, se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para no-

(1) Ley 36. tit. 4. lib. 3. y ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlad. dicho cap. fin y part. 5. §. 9. n. 1.

(2) Dicha ley A Divo Pio 15. §. Sed et si pecunia 11. y §. Præterea pecuniam 12. ff. de Re judicat. Carlev. titul. 3. disp. 2. n. 1. Cur. Philip. part. 2. §. 18. n. 8.

notificarle el estado de la execucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dexandole cedula, ò memoria por escrito con la relacion competente, y expresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la Ciudad, ni Provincia: bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó à su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita. Siendo vagamundo, en el lugar en que asiste con mas frequencia. Y constando por informacion previa en el juicio su ausencia, è ignorancia de su paradero, se le citará por edictos, y nombrará defensor con quien se entiendan las diligencias de venta, y remate, y tambien se le nombrará, quando el difunto no dejó heredero, por cuya razon está yacente la herencia, sin conocerse à quien toca. (1)

167 Y existiendo fuera del territorio, ò jurisdicion del Juez que entiende en los autos executivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio, no solo para trabar, y mejorar la execucion, notificarle su estado, prenderle en defecto de bienes equivalentes, ò de fianza de saneamiento, y hacer deposito de estos à disposicion del requirente por quenta, y riesgo del requerido, sino tambien para citarle à su tiempo de remate, (que es despues de haber espirado el termino de los pregones) prefiniendole en ella el competente segun la distancia, à fin de que comparezca à excepcionar, y probar lo que le convenga, baxo el apercibimiento insinuado, para todo lo qual basta una requisitoria, pues de lo contrario se causan dilaciones, y gastos superfluos; y asi se practica en esta Corte Previniendo, que si la execucion se trabó en réditos de censos, ò en deudas, derechos, y acciones tocantes al executado, convendrá sean citados los deudores, como si estubieran executados, para que dentro del propio termino aleguen lo que les convenga en exclusion de lo que debian satisfacer al executado, y no haya que hacer con

(1) Rodrig. dicho cap. 5. n. 86. al 89. Paz. tom. 1. part. 4. cap. 2. n. 43. y 44. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 133. Acev. en la ley 19. titul. 21. lib. 4. cit. n. 120. y 121. Parlador. dicho §. 9. n. 6. al 14.

con ellos nuevos autos. Y lo mismo procede para los pregones, apercibiendoles que corren tambien para ellos, pues de esta suerte quedan expeditas las diligencias, y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio.

168 Quando los bienes en que se trabó la execucion, están poseídos por terceros, ò acreedores conocidos, se les ha de citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados; pero si se ignora su paradero, ò son inciertos, acreditandolo el executante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de citar por edictos, ò proclamas, y nombrar defensor, con quien se practíquen las diligencias referidas, para evitar su nulidad, y la de la venta. (1)

169 Compareciendo en el juicio el executado, ù oponiendose antes que se le cite de remate, es ociosa la citacion, y no se debe dar auto, ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 36. tit. 4. lib. 3. Recop. ibi al fin: *y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate*: y la razon es, porque por su comparecencia en él, es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino que renuncia, como puede, el termino de los pregones, que falta que correr; y asi se le ha de haber por opuesto, encargar à ambos contendores el termino de la ley, à fin de que aleguen, y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al executado, como que este termino está establecido para evitar su indefension, aunque es comun à los dos; (2) y es lo que se observa en esta Corte.

170 No siendo suficientes los bienes executados para la satisfaccion de la deuda, su decima, y costas, si por esta razon se hiciere nueva execucion, ò la despachada se ampliáre, ò mejoráre en otros, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de estos, aunque la traba se

(1) Bart. Angel. Paul. y Alex. en la ley Si eo tempore, Cod. de Remission. pignor. Parlador. §. 9. cit. n. 15. y 16. Rodrig. ibi. n. 90.

(2) Avend. in Diccionar. verb. *Almoneda*: Parlador. dicho §. 9. n. 2. y 3. Rodrig. ibi, n. 93.

se hubiese hecho en voz, y nombre de los demás, que pareciesen pertenecerle. (1) Y se previene, que si el pleito quedó suspenso en estado de citacion, ù otro, y ha intermediado un año, ò mas, sin continuarse, se le ha de bolver à citar, ò hacer saber por retardado el que tenga, y de ningun modo proseguir las demás diligencias sin este previo requisito, (2) que es el efecto que produce la omision del actor; y lo mismo se debe practicar, y practica en el juicio ordinario por la propia razon.

§. IV.

DE LA OPOSICION DEL EXECUTADO; excepciones que se le deben, ò no admitir en la via executiva; y termino en que las ha de probar, para elidir la execucion; y si el Juez requerido podrá, ò no conocer de ellas, y difinirlas.

171 HEcha la citacion de remate, y pasado el termino en ella prefinido al deudor, puede oponerse à la execucion, (cuya oposicion sirve de contestacion,) ù omitir su comparecencia en el juicio. Si no ocurre à producir sus defensas, puede el Juez sin mas citacion llamar los autos, y sentenciar la causa à la primera rebeldía que el executante le acuse, y no de otra suerte, pues no debe interponer de oficio su autoridad à la utilidad privada; pero si ocurre, entonces como que su oposicion surte el efecto de que se suspenda la sentencia, y venta de

(1) Rebuf. in Commentar. titul de Litter. obligator. artic. 5. glos. 3. n. 2. y 3. Rodrig. ibi, n. 85. Acev. en dicha ley 19. n. 95. al fin.

(2) Menoch. de Arbitr. cas. 202. num. 14. Lancelot. de Attentat. in præfat. cap. 4. num. 276. Cancer. part. 3. Var. cap. 15. n. 197.

de los bienes executados por diez dias hasta que el Juez declare que debe llevarse adelante la execucion, (1) se le ha de haber por opuesto, y entregar los autos: lo qual se entiende aunque haya espirado el termino de la citacion, y mucho mas en caso de no estár proferida la sentencia, à fin de que se aclare la verdad, y no se condene al inocente; (2) porque quando se prefine dia para hacer alguna cosa, ninguno se constituye en mora hasta que evaqua el acto, aunque esté pasado el termino prescripto para evaquarlo. (3) Y si antes que espire el de los pregones se opone por medio de Procurador, no se le ha de haber por opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad, y renuncia del termino, pues asi se practíca en esta Corte.

172 Sin embargo de que algunos afirman (bien que sin legal apoyo) que el executado al tiempo que se opone à la execucion, y pide los autos, debe especificar la excepcion que tiene para enervarla, à fin de que se le admita la oposicion; se observa en la práctica lo contrario por no haber ley que tal mande; y asi basta que alegue genericamente que tiene que excepcionar, y justificar, y pida los autos, pues se le mandan entregar, y há por opuesto à ella, encargando à ambos contendores el termino de la ley como comun, del qual trataré en el numero 255. y siguientes.

173 Tres clases de excepciones puede oponer el executado en la via executiva para desvanecerla, y eludirla: la primera es de las que llaman *directas* por hallarse expresadas en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. y son seis, à saber: *paga*; *pacto*, *ò promesa de no pedir la deuda*; *falsedad*; *usura*; *fuerza*; *y miedo*. La segunda es de las *uti-*

(1) Ley A Divo Pio, cit. §. Si rerum, et ibi Doctor. y dicha ley 19. tit. 21. Rodrig. ibi, n. 91. y 92.

(2) Parlador. lib 2. cap. fin. part. 5. y §. 9. cit. n. 4. y 5. Rodrig. dicho cap. 5. n. 95. Acev. en la ley 19. cit. n. 127.

(3) Ley Titia, et ibi Doctor. ff. de Acusation. cap. Si tibi absenti, de Præbend. in 6. glos. et Doctor. in cap. fin. de Election. in 6. Bart. in Authent. Ad hæc, Cod. de Usur. Parlador. ibi.

utiles, cuyo nombre se les dá, porque aunque no hace mencion especifica de ellas, se coligen de su contesto, y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley, ibi: *y tal que de derecho se deba recibir*: de la 2. del propio tit. y lib. ibi: *Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, ò legitima excepcion*: de la 3. siguiente ibi: *Alegasen paga, ò otra excepcion que sea de recibir*: de la 19. del mismo tit. y lib. ibi: *Y hecha la dicha citacion, si dentro de tres dias se opusiere, y alegare excepcion legitima conforme à la ley primera, y segunda de este titulo*: y de la 27. al fin tit. 6. lib. 3. que dice: *Y aunque en algunos casos procedan sumariamente, no dexen por eso de recibir las excepciones legitimas, y probanzas necesarias*: y estas dos clases de excepciones se admiten en la via executiva, y probandolas el executado en tiempo, y forma, elide la intencion del executante. Y la tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mas pleno, y escrupuloso examen, y conocimiento, y no se coligen de las leyes citadas, por lo que no se admiten en este juicio; y de todas trataré ordinalmente en este §. para instruccion del principiante.

174 No es otra cosa la paga, que satisfaccion de la deuda; y probandola el executado, enerva la execucion; pero es menester saber en qué forma la ha de probar; y la solucion está en la ley 19. citada que dice: *Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, ò legitima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura como fue el contrato de deuda, ò por albalá que haga fé, ò por confesion de la parte, ò por testigos*: de que se deduce que si por uno de estos quatro medios no la prueba plenamente, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque quando la ley prescribe cierto genero de prueba, no se difiere en él la que falta. (1) Pue-

(1) Bart. in leg. Ait Prætor 5. §. Si judex, ff. de Re judicat. Bald. in leg. Bonæ fidei, Cod. de Jurej urand. et in cap. Cum contingat, eod. tit. Socin. regul. 204. fallentia 1. 3. y 5. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 11. n. 35.

175 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se estima por prueba completa: (1) y asi el que manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres ultimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de las precedentes. (2) E igualmente quando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el debito, porque se presume su pago, ò al menos haberle remitido el acreedor no solo la accion de pedir executivamente contra él, sino la misma deuda, (3) no justificando éste la substracion del instrumento.

176 *El pacto, ò promesa de no pedir la deuda*, se entiende no solo en quanto à su remision integra, sino tambien à la dilacion de pedirla el acreedor al deudor hasta cierto tiempo; (4) y asi es excepcion legitima, que probada en legal forma, impide el curso de la via executiva; y lo propio milita con la aceptilacion, pues se entiende incluida en el mismo pacto. (5)

177 Para admitirse en la via executiva la excepcion de *falsedad*, ha de ser contra la substancia del instrumento, porque si es contra alguna cosa accesoria de él, v. g. la hipoteca, ò pena, no es admisible. (6) Lo propio milita si se opone contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y antes de ésta nada se tocó de aque-

(1) Authent. Et si necesse, Cod. de Donation. ante nupt. ley Imperator70. ff. de Legat.2. y cap. Is, qui fidem, de sponsalib.

(2) Ley Quicumque, Cod. de Apochis public. Jason en la 2. Cod. de Jure emphiteut. n. 75. Decio consil. 650. vol. 5. Parlad. dicho §. 11. n. 33.

(3) Ley Labeo, ff. de Pact. ley Si chirographum, ff. de Probation. ley Creditricem, Cod. de Remission. pignor. y leyes 40. tit. 13. y 9. tit. 14. Partid. 5. Parlad. ibi, num. 34.

(4) §. Appellantur 8. Institut. de Exception.

(5) Ley Si unus, §. Pactus ne peteret, ff. de Pact. y §. Si scriptum, Istitut. de Inutilib. stipulation. Bald. in leg. Si non sortem, §. Indebitum, ff. de Condition. indebiti, Parlador. dicho §. 11. numer. 36. y 37.

(6) Ley Jubemus, Cod. de Probation. ley Ubi, Cod. ad leg. Cornel. de fals. ley 111. tit. 18. Partid. 3. y cap. Inter dilectos, de fide instrum.

aquella, pues no obsta à la execucion, porque requiere mayor examen, è indagacion; à menos que se pruebe en el termino legal; en cuyo caso impedirá que se execute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. (1)

178 La excepcion de *usura*, ò de que el contrato fue usurario, impide tambien la execucion, probandose en los diez dias de la ley; y respecto à que expliqué lo bastante acerca de ella en el cap. 4. de mi primera parte §. 2. n. 15. al 40. para instruccion del Escribano, omito molestarle aqui con su repeticion.

179 Anulan el contrato, y eliden lo execucion la *fuerza*, *y miedo*, que intimidan, y acobardan à los hombres constantes, no à los niños, v. g. si para que el deudor otorgase el instrumento le amenazó de muerte, mutilacion de miembro, ò cosa semejante el acreedor: ò si injustamente hizo que le prendiesen, y lo otorgó en la carcel; (2) y en otros casos semejantes, en los quales probando la fuerza, ò miedo dentro de los diez dias legales, impedirán el progreso executivo; pero no de otra suerte, porque requieren mas escrupuloso examen, y especulacion.

180 Las excepciones de segunda clase llamadas *utiles*, (bien que todas las que eliden la via executiva, y accion del executante, lo son) tienen diversos nombres: la una se llama *compensacion*, la qual es mutua contribucion del debito, y credito entre sí; ò un descuento, y forma de satisfaccion con que el demandado pretende enervar la demanda que el actor le puso; (3) y respecto ocupar el lugar de la paga, y ser esta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal, è impedirá la execucion de sentencia, instrumento, ù otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar, está lí-

(1) Ley Satis aperte, et ibi glos. verb. *Objicitur*: Cod. ad leg. Cornel. ley ultim. Cod. de Fide instrum. y ley final, Cod. de Ordin. cognition. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 1.

(2) Ley Qui in carcerem, ff. de Eo quod metus causa. Gutier. de Juram confirm part 1. cap. 57. Parlador. dicho lib. 2. capit. fin. part. 5. y §. 11. n. 39.

(3) Ley Compensatio 1. y ley Quod in diem, §. Etiam, ff. de Compensation, y ley 20. tit. 14. Partid. 5.

líquido, ò se liquída en los diez dias de la ley, y no de otra suerte. (1)

181 Puede oponerla el executado ante el Juez ordinario, ò ante el Delegado por via de excepcion, aunque estén pasados los diez años de la ley, y se le debe admitir, porque lo que es temporal, y limitado para demandar, es perpetuo para excepcionar; (2) y tambien por via de reconvencion. Si la opone por excepcion, y pretende que se le descuente su importe de lo que se le pide, y la prueba plenamente en el termino de los diez dias legales, debe admitirse, y descontarse; pero no, sino la justifica, de modo que no se dude de ella, pues entonces ha de pagar al actor ante todas cosas, y luego seguirse el pleito hasta difinitiva, recibiendose à prueba por via de justificacion; y lo mismo se ha de hacer quando se pone por via de reconvencion como mutua peticion; (3) y asi lo practican los buenos Letrados.

182 Pero si el deudor juró en el contrato no oponerla, hay sus dificultades sobre su admision. Algunos dicen que no obstante el juramento se debe admitir, porque todo lo que debe hacerse de oficio del Juez, no se entiende excluido en el contrato. Y otros afirman que no, porque quando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estár à él; y siempre que interviene de hacer la paga, no há lugar la compensacion; y à esto me inclino, pues à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado; (4) y asi en pagando, puede usar de

(1) Ley Si debitor, al fin, ff. Qui potiores in pignor. ley Amplius non peti, ff. Rem ratam haberi. ley Dedisse, ff. de Verbor. signification. ley Ex causa, Cod. de Compensation. y ley Permutavit. ff. de Liberali caus. Rodrig. de Execution. cap. 6. n. 8. Parlador. ibi, n. 30.

(2) Ley Pure, §. fin. ff. de Doli exception. Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 13. n. 16. y 17.

(3) Dicha ley 20. tit. 14. Partid. 5. et ibi glos. 3. y 4. Gregorian. y ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. ibi: Parlador. §. 11. cit. numer. 31.

(4) Sr. Covar. in Relection. capit. Quamvis pactum, part. 1. §. 4. n. 9. Acev. en la ley 1. tit. 21. libr. 4. n. 129. Gutier. de Juram. confirm. part. 3. cap. 6. n. 6.

de su derecho acerca de lo que pretende se compense.

183 Debe admitirse la compensacion de deuda consistente en numero, peso, ò medida, con otra de lo mismo, y de una quota à otra, y el importe de la generica con otro debito tambien generico, siendo líquidos ambos; mas no con el especifico, v. g. caballo, siervo, heredad; ni con otro de diverso genero; ni quando no existe la especie, por lo que es preciso venir à su estimacion; ni tampoco aunque sea de cantidad, sino está líquida, ni se puede liquidar brevemente (que es en los diez dias) por confesion de parte, ò de otra suerte; (1) por lo que si el acreedor executa à un fiador simple antes de hacer excusion en el principal deudor, y el fiador tiene quentas que liquidar sobre otro negocio con el acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer la excepcion de la excusion, y no de la compensacion, porque ésta requiere mas examen, y tiempo, no estando líquida, y confesada la suma; y por el hecho de omitir la otra excepcion, se constituye deudor principal, no siendolo; y asi se sentenciará la causa de remate, y se le reservará su derecho sobre la compensacion para otro juicio; excepto que se liquíde en el termino legal, como lo he visto declarado.

184 Los socios que tienen compañia, y las personas que poseen comunalmente alguna cosa, pueden descontarse mutuamente el daño, y deterioro que por su culpa, ò negligencia se hayan hecho, siendo igual; y si es desigual, lo pueden hacer con el lucro del que lo haya causado, hasta la concurrente cantidad. (2) Pero si fue con dolo malo, y culpa lata del uno, no se puede compensar, sino con igual dolo, y culpa del otro: bien entendido, que el dolo no se compensa con la culpa leve, ni está con él, porque el doloso tiene mayor pena que el culpado, y

(1) Ley 21. tit. 14. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 1. 2. y fin. y en la 22. glos. 2. ley fin. Cod. de Compensation. ley 1. §. penult. ff. Si pars hæreditat. petat. y ley Deducta, §. Nummis, ff. ad Trebellian. Marant. part. 4. titul. Judicium conventionale n. 2. 3. y 4.

(2) Ley 22. tit. 14. Partid. 5.

y asi está obligado à daños, è intereses. (1) Previniendo, que lo que se debe à la sociedad no se compensa con lo que debe uno de los socios, y asi el deudor de ella debe satisfacerla lo que la debe, y usar de su derecho separadamente contra el socio deudor suyo. (2)

185 Al modo que los principales deudores pueden compensar con sus acreedores lo que estos les deben; asi tambien sus fiadores pueden hacer la compensacion con su propio debito, si los acreedores los executan, para eximirse de satisfacer lo que les piden como tales fiadores; è igualmente con lo que los mismos acreedores deben privativamente à los principales deudores. Lo propio milita con el Personero de alguno, pues puede compensar asi el debito del principal como el del fiador, con tal que afiance de que su parte lo habrá por firme; pero no se le permite compensar su mismo debito con el de su principal, excepto que éste se lo permita, ò le constituya Procurador en causa propia. (3)

186 Si el hijo de familia defiende à su padre en juicio sin poder suyo, por hallarse ausente, ò por otro motivo, no puede oponer en él la excepcion de compensacion de lo que el actor debe à su padre, con lo que éste le debe, y por lo que le demanda; excepto que afiance de *rato*, como el Personero. Y lo propio milita para con otra qualquiera persona (aunque no sea hijo, ni pariente,) que comparece en juicio por alguno sin su poder. (4)

187 No puede pretender en juicio la compensacion el que por delito que cometió contra alguno, fue condenado à pagarle cierta suma; ni el depositario, ya sea de cosa especifica, ò de las que consisten en numero, peso, ò medi-

(1) Ley 13. tit. 10. y ley 23. tit. 14. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en la glos. unic. de esta.

(2) Ley Actione 65. §. Si communis 14. ff. Pro socio. Sr. Greg. Lop. en la ley 24. tit. 14. Partid. 5. glos. ultim. al fin.

(3) Ley 24. tit. 14. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2. y ley Rem, ff. de Compensation.

(4) Ley 10. tit. 5. Partid 3. ley 25. tit. 14 Partid. 5. ley Exigendi, Cod. de Procurator. y ley Si cum filio, §. 1. ff. de Compensation.

dida; pues debe entregar primero à su dueño las depositadas, y luego puede usar contra él de su derecho sobre la exaccion de su debito. (1)

188 No se admite compensacion de lo que se debe al Rey por pechos, contribuciones, ù otro motivo, ni de lo del Concejo de algun Pueblo, pues aunque ambos sean deudores del demandado, debe pagarles éste ante todas cosas su credito, y luego puede repetir contra ellos por el suyo; (2) ni tampoco al actor compensacion de compensacion, porque sería proceder à infinito. (3) En quanto à si el deudor de un acreedor obligado à otros acreedores, puede compensar su debito con él en perjuicio de los acreedores de su acreedor, vease à *Carleval de Judic. tit.* 3. *disp.* 27. *per tot.* en donde propone dos sentencias con sus fundamentos, y se adhiere à la afirmativa como mas probable, y verdadera. El que apetezca mayor instruccion sobre la materia de compensacion, vea al *Sr. Salgado.* (4)

189 Para enervar, y desvanecer la execucion, se admite tambien por excepcion legitima en la via executiva la *transacion* hecha ante Juez, ò ante Escribano público, la qual impide sentenciar la causa de remate, acreditandose en bastante forma en los diez dias legales, porque perîme, y extingue enteramente la controversia de los litigantes, y la accion que la motiva. (5) Pero es advertir que aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, segun la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. si se hace, ù otorga con una persona, no daña, ni se debe estender à otra; (6) al mo-

(1) Ley 27. tit. 14. Partid. 5.

(2) Ley In ea, Cod. de Compensation. ley Aufertur, §. Qui compensatio, ff. de Jure fisci, y ley 26. tit. 14. Partid. 5.

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 14. Partid. 5. glos. 5.

(4) Sr. Salg. Labir. credit. part. 1. cap. 9. n. 62. al 68. part. 2. cap. 1. n. 57. al 60. cap. 3. ex numer. 14. cap. 4. ex n. 26. y cap. 28. ex n. 9. y part. 3. cap. 6. §. unic.

(5) Ley fin. ff. de Usucapion. pro suo. Antonio Canario de Execution. instrum. quæst. 12. Parlador. dicho §. 11. n. 13.

(6) Ley 3. ff. de Transactionib. y ley Si suspecta, §. Quamvis, ff. de Inofficios. testam.

modo que tampoco el pacto; (1) ni aun à las que tienen derecho connexo; (2) y asi la execucion se debe pedir por el mismo acreedor contenido en el de transaccion, y no por otro, aunque intervenga en ella; y contra el principal deudor, y no contra un tercero. (3)

190 La *novacion de contrato* (que se llama asi, porque produce nuevos efectos, y nueva accion,) es transfusion, y translacion del primer debito, y obligacion en otra nueva obligacion civil, ò natural sin intervencion de nueva persona, de suerte que la primera queda extincta, y asi se puede oponer como excepcion en la via executiva. (4) Es de dos maneras: *voluntaria*, y *necesaria*: la primera es la que se hace fuera de juicio, la qual siempre es privativa, y extinctiva de la primera obligacion, por lo que impide el progreso de la via executiva, si se acredita en forma en el termino legal, y por ella se desvanece el vigor del primer contrato. (5) Y la segunda es la que se hace en juicio, y se llama *aumentativa*, ò *acumulativa*, porque no extingue la obligacion primera, antes bien la robustece, y fortifica mas. (6)

191 Y para que no ignore el principiante quando hay, y se induce, ò no haber novacion; digo que para que se entienda hecha, es preciso que las partes lo expresen claramente, y no de otra suerte, como se prueba de la ley final *Cod. de Novationib.* que dice: *Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris juris ambiguitates re-*

(1) Paul. in leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de Pact.

(2) Ley 1. Cod. de Transactionib. y ley Si ex duobus, ff. de Tutel.

(3) Bald. y Jason en la ley 3. ff. de Transactionib. glos. in Clementin. 1. verb. *Contra*, de Re judicat. Jason. in leg. Certi conditio, § Quoniam, ff. de Reb. credit. Socin. in leg. 1. n. 93. ff. Solut. matrimon. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 1. n. 18. y 19.

(4) Ley 1. ff. y ley ultim. Cod. de Novation. y §. Præterea, Institut. Quibus modis tollitur obligatio. Parlador. dicho §. 11. n. 12. y part. 1. cap. fin. §. 12. limit. 6. n. 41.

(5) Ley 2. Cod. de Novation. ley Minor 25. annis, cui, ff. de Minorib. y ley 2. Cod. de Execution. rei judicat.

(6) Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. §. Unic. n. 24. al 31.

resecantes, sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint: quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Y tambien se prueba del §. *Præterea* Institut. *Quibus modis tollitur obligatio* ibi: *Ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit tum solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt.* Y asi porque uno se obligue dos veces à una misma cosa, no es visto recederse del primer contrato, infringirlo, ni mudar su causa, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion à obligacion; (1) pues la pluralidad de actos, ò instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales, y substanciales son las mismas, antes bien se presumen continuadas, y no diversas; y si la obligacion segunda es contraria à la primera, aunque ambas subsisten, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra. (2)

192 En consequencia de lo expuesto en el numero immediato no se hace novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, à menos que se pacte expresamente, antes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya; y principalmente si la obligacion segunda contiene menor suma, es mas nociva al acreedor, y los actos son com-

(1) Ley Aliam, 29. ff. de Novation. ley Id, quod, ff. de Constitut. pecun. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 1. y part. 3. Labir. cap. 11. n. 78. y sig.

(2) Ley Triticum, ley Scire debemus, ley Quibus, y ley Qui usumfructum, ff. de Verbor. obligation. y ley Fundum Corneliannum, 28. ff. de Novation. Decian. consil. 11. Parlador. part. 1. y limit. 6. cit. n. 44. al 47.

compatibles entre sí, pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio, y asi siempre se excluye la novacion. (1) Ni quando la obligacion segunda se constituye por cautela, y mayor seguridad. (2) Ni en la accion privilegiada de dote, (3) porque ésta tiene entre otros acreedores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novacion, ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido, y muger, à quien compete. (4) Ni por la mutacion de la finca hipotecada, ò acensuada, pues existe la obligacion primera, y no quedan libres los fiadores que haya. (5) Ni por la estipulacion inutil, porque de ella ni nace, ni se origina nueva obligacion; y asi no es visto haberse recedido de la primera. (6) Ni por el segundo contrato irrito, nulo, ò rescindido, pues aunque por él conste expresamente la novacion, no extingue la obligacion primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento. (7) Ni por la modificacion del contrato, pues está lexos de acreditar su extincion, presupone su existencia. Ni por la prorrogacion del termino pactado para la paga, no estipulando obligacion nueva. Ni aunque el fiador siendo preguntado preste su consentimiento, si falta el del acreedor. (8) Ni por la dacion *in solutum*, si interviene la clausula, ò protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca, y fiadores. Ni tampoco en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto, ni dañar al primero. (9)

Sin

(1) Sabelli in §. Novatio, n. 3. Altograd. consil. 4. n. 32. y sig. lib. 1.

(2) Altograd. consil. 95. n. 102. lib. cit.

(3) Gratian. Disceptat. capit. 509. n. 13. y 21.

(4) Mart. Medic. decis. 66. n. 56 y sig. cum addict. n. 13. et in §. Dos, n. 9. et in §. Pactum, numer. 15. Sabelli, ibi, n. 4.

(5) Gratian. cap. 113. n. 81.

(6) Rot. part. 14. decis. 114. Gracian. cap. 962. n. 12. Altograd. consil. 17. n. 28. lib. 1.

(7) Ley 1. §. 1. y ley Novatione, ff. de Novation. Giurb. decis. 63. n. 4. Sr. Castill. tom. 4. controvers. cap. 59. n. 48. Cancer. part. 3. Var. cap. 3. num. 309. Sr. Salg. part. 4. Labir. cap. 14.

(8) Sanfelic. decis. 253. Sabelli ibi, n. 14.

(9) Casareg. de Comerc. discurs. 42. n. 6. y sig.

193 Sin embargo de lo que en los dos numeros anteriores queda sentado, se induce la novacion en los casos siguientes: El primero, por la intervencion de nueva persona, v. g. quando se delega el credito, y el acreedor acepta la delegacion, pues à ella se sigue la liberacion del deudor delegante; (1) lo qual se entiende en los terminos que explicaré en el num. 196. El segundo, por la adiccion, ò imposicion de nueva pena, ò supresion, ò remision de la puesta en el primer contrato. (2) El tercero, quando el hecho, ò pacto segundo es diverso del primero, ò en la obligacion segunda se prefine mayor termino para la paga. (3) El quarto, quando se calcularon, y reduxeron à un computo todas las partidas del libro, y el deudor hizo à favor del acreedor un resguardo, reduciendolas à suma, ò partida menor. (4) El quinto, quando el primer acto, ò contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto. (5) El sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas que son substanciales, v. g. si se añade, ò disminuye el precio; ò si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad, y modo de satisfacerla. (6) El septimo, quando el acreedor recibió parte de su credito del que aceptó la letra, ò libranza, y acerca del residuo le fió, ò concedió plazo, ò trató con él sobre el modo, y tiempo de pagarselo. (7) El octavo, quando la cosa locada fue subarrendada, ò enagenada à otro, pues el fiador del primer conductor no queda obligado mas. (8) El noveno, quando en quanto à la solucion de la pension se variaron los

(1) Aflict. decis. 353. Altograd. consil. 6. n. 60. Gratian. cap. 64. y 290. Menoch. lib. 3. præsump. 134.

(2) Gratian. dicho cap. 509. n. 36. Alderism. de Simbol. contract. tit. 1. cap. 6.

(3) Bart. in leg. Pacta, Cod. de Pact. Ludovic. decis. 30. Gratian. cap. 290. n. 31. y cap. 509. n. 3. y 17. Maur. de Fidejussor. part. 2. §. 4. n. 26.

(4) Gratian. dicho cap. 509.

(5) Gratian. ibi, n. 25. y 31.

(6) Gratian. ibi, n. 3.

(7) Gait. de Credit. tit. 7. capit. 2. num. 2416. Casa Reg. discurs. 44. n. 9. Pereir. decis. 126. n. 7. Sr. Olea tit. 7. quæst. 3. numer. 42. al fin, y sig.

(8) Ley Novatione, Cod. de Fidejussorib. Maur. §. cit. n. 9.

los pactos primeros, v. g. si estos fueron de pagar en grano, y los segundos en dinero, ò al contrario; en cuyo caso queda libre tambien el fiador. (1) El decimo, quando concluída la locacion continúa tacitamente en ella el conductor; pues en quanto à esta reconducion quedan libres los fiadores dados para la locacion, excepto que presten nuevo consentimiento. (2) Y el undecimo, quando los contratos son incompatibles, pugnantes, perplexos, y contrarios, y no de otra suerte; pues se presume novacion, (3) excepto que esté puesta la clausula: *Sin perjuicio de los primeros derechos*; ò que el segundo contrato sea nulo; ò quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce. (4)

194 Se induce la executiva por el compromiso, y sentencia de arbitro con las clausulas de hecho, y de derecho correspondientes, de tal suerte que si se sigue la sentencia sobre el negocio principal, se liberte el fiador, à menos que el acreedor reserve su derecho contra él. (5) Tambien se induce cumulativa, y no extinctivamente la novacion por la litis contestacion, y sentencia; (6) y la necesaria para la transaccion, y concordia principiada entre el principal deudor, y acreedor, de tal suerte que se liberte el fiador. (7) Sobre todo lo qual, y otras muchas especies concernientes à la novacion, vease à *Tusch. litter. N. conclus.* 119. *à Marco Antonio Sabelli tom.* 3. §. *Novatio*, y à los que citan, pues para dar una tintura al Escri-

(1) Maur. ubi supr. n. 10.

(2) Carroc. de Locat. quæst. 22. ad §. Qui impleto, n. 4. Maur. de Fidejussorib. part. 2. sect. 5. capit. 2. n. 9. y §. 33. n. 16. Gratian. cap. 68. n. 36.

(3) Menoch. lib. 3. Præsumpt. 134. cit. n. 39. Maur. dicha part. 2. sect. 50. §. 4. n. 22. Gratian. capit. 290. n. 17. cap. 509. n. 16. y cap. 553. num. 34. Altograd. consil. 17. n. 30. y sig. lib. 1.

(4) Thusc. litter. N. conclus. 119. Menoch. loco cit. n. 45. Sabelli dicho §. Novatio, n. 11.

(5) Sabelli ibi, n. 8. Maur. part. 2. y §. 4. cit. n. 4. al 14. Gratian. cap. 557. n. 20. y cap. 672. n. 11. Menoch. ibi, n. 44.

(6) Negusanc. de Pignor. part. 6. membr. 3. num. 4. Gratian. capit. 291. n. 7. y cap. 509. n. 12.

(7) Urceol. de Transaction quæst. 73. y 74. Maur. sect. 10 §. 4. n. 8. Menoch. ibi, n. 42.

cribano basta lo expuesto: y si quiere saber qué cosas se requieren para que un acreedor se subrogue en el lugar de otro anterior, vea à *Carleval tit. 3. disp. fin.* en donde para la mayor claridad, è inteligencia distingue ocho casos, cuya explicacion omito por difusa, y no correspondiente à este capitulo.

195 La delegacion es dar el deudor en su lugar à su acreedor, ò à quien éste quiera, otro deudor, de quien exija su credito. O novacion hecha por estipulacion con intervencion precisa de nueva persona. (1) No se hace novacion por ella, à menos que concurran cinco requisitos: El primero, que consienta el acreedor, (2) porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro sus veces; (3) ni el acreedor está obligado à mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan sea mas idoneo. (4) El segundo, que consienta el deudor delegado. (5) El tercero, que no solo consienta éste, sino que se obligue expresamente al acreedor. (6) El quarto, que constituya la obligacion, y promesa por mandato del delegante. (7) Y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontanea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea) y aquel à cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste. (8)

196 De lo expuesto en el numero inmediato se prueba lo primero, que por la delegacion no se hace novacion, à menos que se exprese; por lo que si el deudor da à su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de

(1) Ley Delegare 11. ff. de Novation. y ley 1. Cod. eod. tit. Mans. in Appendic. ad §. Præterea, numer. 14. Mantic. de tacit. lib. 17. tit. 7.

(2) Ley Eum, à quo 16. Cod. de Solution.

(3) Ley Delegatio 1. Cod. de Novationib.

(4) Ley Si mandavero 22. §. Item, ff. Mandati.

(5) Dicha ley Delegatio 1. y ley Nec, 6. Cod. de Novation.

(6) Ley Delegatio cit.

(7) Mans. ibi, n. 11. y 12.

(8) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. Ley Si quis acepto 4. et ibi Alex. ff. de Condition. caus. data, ley Aliquando 13. et ibi Francisc. de Aretio, ff. ad Velleyan. ley Et elegan ter 7. §. Servus, ff. de Dolo. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. n. 48. y 49. limitat. 6. Mantic. ibi, Mans. ibi, n. 13.

de quedar liberado de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante, ò primer obligado; pero si nada se pacta, ambos serán responsables: bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar, y pagar. Lo segundo, que si el deudor puro delega con condicion à otro deudor en su lugar, con animo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; pero no cumpliendose la condicion, ò estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estár en juicio, v. g. por haberse hecho siervo, ò Religioso, ò buelto loco, ò mentecato, ò sido deportado; no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condicion no hay novacion, ni el delegado queda obligado. (1) Y lo tercero, que si en la segunda obligacion intervinieren fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese; por cuya razon no se extingue la prerrogativa de la primera, antes bien se debe observar; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorrogue el termino de la primera. (2)

197 Si estando uno obligado baxo de condicion à pagar à otro cierta suma, ò à hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion, no existiendo la condicion, à menos que el segundo diga expresamente que ya se cumpla, ò no ésta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede; pues en este caso lo quedará, y el primero libre de la obligacion. (3)

198 No puede novar contrato de otro el siervo, porque carece de potestad para obligarse, à menos que tenga pe-

(1) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. glos. in leg. 1. Cod. de Novation. verb. *Evanuit*: Roman. in leg. Singularia, ff. de Reb. credit. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16. n. 5. Parlador. ibi, n. 50.

(2) Parlador. dicha limit. 6. y §. 12. n. 51. hasta el fin, y otros que cita.

(3) Ley 16. tit. 14. Partid. 5.

pegujar que su señor le haya dado, pues entonces hasta en su valor se le permite. Tampoco puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los diez casos expresados en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 124. y asi la podrá revocar, y revocandola, queda firme el primer contrato; (1) y aunque el acreedor exima à la muger de la obligacion agena que constituyó, y recibió en sí con animo de novar la primera, y libertar al deudor principal, y verdadero, no quedará libre éste. (2) Ni el menor de catorce años sin otorgamiento de su curador, y si lo hiciere, à nada quedará obligado, ni el primer deudor, y asi perderá su debito el acreedor. (3)

199 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de *nulidad* del contrato, sentencia, ò instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo, no debe executarse, ya proceda la nulidad de falta de potestad del que lo otorgó, ò de la solemnidad prevenida por ley, ò de otra causa, pues de la nada, nada se puede hacer, ni producir efecto alguno; y anulado el contrato principal, queda nula la clausula guarentigia, y todo su contesto, y la sentencia nula nunca pasa à cosa juzgada, aunque la apelacion de ella se declare por desierta. (4)

200 Se entiende lo expuesto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; (5) y asi constando notoriamente en el mismo instrumento, ò en el proceso executivo, basta ale-

(1) Ley 17. tit. 14. Partid. 5. ley 1. ley Senatusconsultum: ley Si paternam: y ley Si mulier alienam, Cod. ad Senatusconsult. Velleyan.

(2) Ley Quamvis 8. §. Si mulier, vers. Marcellus, ff. ad Senatus consul. Velleyan. Sr. Greg. Lop. en la 17. tit. 14. Partid. 5. glos. 3. al fin.

(3) Ley 18. tit. 14. Partid. 5. y ley 1, ff. de Novation.

(4) Ley fin. ff. de Constitut. pecun. ley 2. §. Condenandum, ff. de Re judicat. ley Statutis, Cod. de Sentent. ex brevicul. recitand. y ley Si expressim, et ibi Bart ff. de Appellation Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 11.

(5) Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 92. Villalob. in Ærario communi opinion. litter. E. num 253. Rodrig. de Execution. cap. 6. num. 16.

alegarla como de derecho, y el Juez puede repeler de oficio al actor; (1) y aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere examen, y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar à debido efecto la execucion. (2) En quanto à si se podrá, ò no oponer nulidad contra las sentencias de los Tribunales superiores, vease lo explicado en el cap. 1. de este libro num. 492.

201 Otra excepcion de las que se pueden oponer, y deben admitir en la via executiva, es la *simulacion* de contrato, y justificandose en los diez dias legales, enervará la execucion, è impedirá sentenciar la causa de remate, porque el simulado, y hecho en fraude de la ley, es nulo, y aunque tenga figura de instrumento, le falta la esencia; (3) pero el que la opone, debe especificarla con claridad, y probarla, y de otro modo no obtendrá en el juicio. (4)

202 Y para instruccion del principiante debo sentar que los Autores (5) hallan tres especies de *simulacion*, ò por decirlo mejor, que la simulacion (que se equipara à la falsedad, la qual es mutacion de la verdad, (6) con cierta ciencia, y dolo,) se comete de tres modos: el primero quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar, y aparecer otro; v. g. Pedro pide à Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hi-

(1) Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. de Exception. n. 2. 3. y 4.

(2) Carlev. tit. 3. disp. 16. n. 1. 3. 5. y 23. Rodrig. dicho cap. 6. n. 16. Parlador. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §. 1. n. 12. vers. *Et demum.*

(3) Ley Simulatæ, ff. de Ritu nuptiar. y ley Nuda, ff. de Contrahend. emption. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 14. al 16.

(4) Ley 1. ff. de Edendo. ley Idem Pomponius, ff. de Reivindication. Rodrig. dicho cap. 6. numer. 24.

(5) Bald. in leg. Cum præcibus, Cod. de Probation. Bart. in Consil. incipienti: *Petrus Nicolæ*: Marant. part. 6. de Exception. membr. 9. Judic. n. 29.

(6) Ley 1. tit. 26. Partid. 3. ley 1. tit. 7. Partid. 7. ley Quid sit falsum, ff. de Fals. y Authent. de Instrumentor. cautel. et fide, collat. 6. Rodrig. n. 24. dicho.

hipotecar à su seguridad tal alhaja raíz fructífera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de ésta; y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue à compensar éstos con la suma principal, como debe, (1) ha de otorgar à su favor escritura de venta de la misma alhaja: en cuyo caso hay simulacion de contrato, que es el de venta, el qual como simulado no vale, porque en la realidad es prestamo pignoraticio, y el que es valido; (2) pues en los contratos mas se debe mirar à la verdad del hecho, que à lo que aparece escrito. (3)

203 Pero es de advertir que el que alega, y excepciona esta simulacion, debe probar no solo que su animo fue celebrar el contrato pignoraticio, y no otro, y que asi se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos, y por redimir la urgencia que tenia, se sujetó à que en lo exterior sonase, y se fingiese el de venta; y tambien que éste se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer convenio. (4)

204 El segundo modo es, quando se celebra realmente el mismo contrato que suena; pero por algun adiétamento que lleva, se conjetura que es simulado: v. g. Pedro pide à Juan cierta cantidad prestada, y éste le responde que si la quiere, le venda por ella con pacto de *retrovendendo* tal finca productiva, la que no ha de poder retraer hasta tal tiempo. En este caso aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta, atento el valor de la alhaja, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso darselo prestado sino con el pacto, se presume contrato simulado, sin

(1) Leyes 1. y 2. Cod. de Pignoratit. action.

(2) Ley Emptione 3. y todo el tit. Cod. Plus valere quod agitur, y cap. Illo vos, de pignorib.

(3) Leyes In contractibus 1. y si quis, 4. Cod. Plus valere quod agitur.

(4) Arg. leg. Cum in plures, §. Locator horrei, ff. Locati, et ibi Bart. et in le 4. Pacta novissima, Cod. de Pact. Bald. Salicet. Angel. y Butr.

sin embargo de que en la realidad no lo fue, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca, durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fue contrato pignoraticio, que venta. (1)

205 Y el modo tercero con que se comete la simulacion, es, quando se finge un contrato, que real, y verdaderamente no hay, porque el animo de los contrayentes es no celebrarlo, y sí unicamente por sus fines particulares, que suene celebrado; en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho, como lo dice la ley 55. *ff. de Contrahend. emptione*, ibi: *Nulla et imaginaria venditio pro non facta est: et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur.*

206 En estos tres casos aunque el damnificado manifiesta su torpeza, y delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyubarla contra el participe, porque trata de evitar su daño, y éste de lucrarse en su detrimento. Y lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del Fisco, ò de otro tercero; sobre lo qual vease el tit. *Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Su glosa, y la de dicha ley *Nulla.* Pero si el executado confiesa que tuvo animo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion. (2)

207 La excepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pidió executivamente, *no contiene la causa de deber*, es obstativa tambien de la execucion; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto, ò promesa, se requiere expresion de qué causa proviene la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley final tit. 13. Partid. 3. ibi: *Otrosí decimos que si algunos conocieren fuera de juicio, que deben dar diez maravedis, ò otra cosa à otri, è non dicen se-*

(1) Doctor. in cap. Ad nostram, de emptione. et venditione. et in leg. emptione. cit.

(2) Marant. part. 6. de Exception. y membr. 9. Judicii, dicho n. 29. al 34.

señalada razon, porque deben dar aquello que conocen: tal conocimiento como este non empece à los que lo facen, ni son tenudos de pagar aquella debda, sino quisieren fueras ende si aquel à quien ficieron la conocencia, probare guisada razon porque gelo debian dar: y hí hace la excepcion, aunque el obligado jure el contrato. (1) Y si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda qué es lo que se vende, y la cantidad que por ello se da. (2)

208 Y aunque la ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. posterior à la Partida inserta, manda que en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse à otro, quede obligado à cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa, y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto el fomento, ò substancia de la obligacion, sino la formala, ò solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun, sin las quales no nacia accion; por cuya razon, y por otras que traen *Gomez*, y *Rodriguez* en el lugar citado, careciendo la obligacion de la causa justa de deber, y no probandola el executante, parece no nacerá accion para pedir, y obstará el progreso de la execucion la excepcion *doli mali*: pero acerca de ello veanse los Autores que los dos refieren, pues están varios en sus dictamenes; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo quando es falsa, y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

209 Es la *prescripcion* (generalmente entendida) una excepcion, ù oposicion que alguno hace en juicio, para excluir la accion, ò intencion de otro. (3) Y mas propiamente es una excepcion perentoria, por la qual el poseedor de buena fé puede repeler despues del tiempo prevenini-

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 5. Rodrig. de Execution. capit. 1. artic. 4. n. fin.

(2) Ley 4. tit. 11. lib. 5. Recopil.

(3) Ley Si Iersi, §. ult ff. de Judic. y los tit. ff. y Cod. de Exception. et prescription.

nido por derecho, al que pretende el dominio de la alhaja, que dice ser suya, y de que está mucho tiempo desposeído. (1) Y fue introducida lo primero por el bien público, à fin de que el dominio de las cosas no estubiese mucho tiempo, ò casi siempre incierto. (2) Lo segundo, para evitar los inumerables, y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar. (3) Lo tercero, para que los poseedores no estubiesen siempre con el temor de que les quitarian lo que con buena fé disfrutaban. (4) Y lo quarto, para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: (5) por lo que deben imputarse à sí mismos la pérdida de ellos, (6) porque el derecho protege à los que velan, y no à los que duermen. (7)

210 En quanto à si la excepcion de *prescripcion* impide la execucion, y quándo, (hablo de la *civil odiosa*, que es la que estableció el derecho contra el acreedor por pena de su omision, y descuido en pedir al deudor su debito, y no de la ordinaria, favorable, y mixta, ni de la natural, de que trata *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 4. numer. 22.*) Para su clara inteligencia debo sentar con la ley 63. de Toro, que es la 6. tit. 15. lib. 4. Recop. y la inserté, y expliqué en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 71. y sig. que el derecho, ò accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años.

211 Lo qual se entiende no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece no correrá la prescripcion, pendiente la dilacion conven-

(1) Todo el tit. 26. de Præscription. lib. 2. Decretal. el tit. 6. Institut. de Usucapion. et longi tempor. præscription. y el tit. ff. de Usurpation. & usucapion.

(2) Ley Bono publico 1. ff. de Usurpation.

(3) Ley Usucapio 5. ff. Pro suo.

(4) Ley Cum notissimi, Cod. de Præscription. 30. vel. 40. annor.

(5) Ley Ut perfectius 2. ff. de Annali exception. cap. Vigilanti, de præscription.

(6) Ley Quod quis, ff de Regul. jur.

(7) Ley Non enim, ff. Ex quibus causis majores, y ley Pupillus, ff. de Iis, quæ in fraudem creditor.

vencional: (1) que podrán renunciar esta ley los deudores, por estár establecida en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie, por lo que en este caso no habrá prescripcion, antes bien en qualquier tiempo se les podrá executar: y que lo mismo procederá, si la Escritura de obligacion contiene la clausula *de que antes de cumplirse cada diez años, ha de ser visto renovarse el contrato, como si entonces se formalizára, y que jamás ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, à cuyo fin renuncia el deudor la ley 63. de Toro, y demás que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxilio.* (2) Pero en la práctica jamás lo he visto, antes sí lo contrario en los censos, en que se suele poner esta clausula.

212 Milita, y procede lo explicado en el num. 210. ya tenga buena, ò mala fé el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de parte de éste: (3) en la del derecho executivo no es precisa, no obstante que esté dada sentencia que le constituya en la mala: lo primero, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete principalmente (que es de cobrar su credito,) sino el rigor de la via executiva, y se le castiga la negligencia, y omision que tubo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, y asi le queda la via ordinaria, para que en ella pida, y consiga la solucion de lo que se le debe. (4) Y lo segundo, porque asi como por la aceptacion de la Es-

(1) Bald. in leg. Sicut, Cod. de Præscription. 30. annor.

(2) Parador. lib. 1. cap. 1. §. 13. n. 3. al 6. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap 9. n. 4. Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 35. y 36. Sr. Larrea decis. 49.

(3) Bald. de Præscription. part. 3. princip. quæst. 6.

(4) Gom. en la ley 63. de Toro, n. 1. Sr. Covar. in Relection. cap Possesor. de Regul. jur. in 6. part. 2. §. 11. n. 4. vers. *Sexto, leges sæculares*: Rodrig. dicho capit. 6. n. 61. de Execution. Acev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. n. 15. Gutier. in leg. Nemo potest, n. 204. y 205. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicat. limit. 6. num. 2.

Escritura quiso usar de la accion executiva que le franquea la ley, y la tomó en sí: del mismo modo debe tomar, y aceptar contra sí la excepcion que de la ley, ò estatuto dimana, y usar de éste en un todo con su causa, y vicios; pues quien está à lo propicio, debe estár à lo adverso: (1) y asi corre la prescripcion no solo contra legos, sino contra Iglesias, y personas eclesiasticas. (2)

213 No corre la prescripcion contra los hijos de familia, mientras están baxo del paternal dominio, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle à que se la dé. Ni contra la muger casada, para recuperar su dote, y arras; excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero sí por sus bienes paraphernales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie à su marido à que le dé la licencia. (3) Ni contra los menores de 25. años mientras lo son, à menos que sean successores de alguno mayor, contra el qual haya empezado à correr; bien que pueden ser restituídos, pidiendo restitucion de la menoria dentro de los quatro años siguientes al dia en que espiró; y lo propio milita para con el Rey, Iglesias, Concejos, y Comunidades, pretendiendola dentro de los quatro siguientes à su cumplimiento; (4) y para con el ocupado en servicio del Rey, ò Concejo, ò en Escuelas, captiverio, ò en otra cosa semejante, pues ha de ser restituído del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ésta. (5)

La

(1) Ley Pomponius 13. §. Cum quis utitur, ff. de Acquirenda posses. y ley Cajus 23. ff. de Manumission.

(2) Cap. 2. 3. 4. y 6. de Præscription. Barbos. de Jur. eccles. lib. 3. cap. 28. n. 16. Sr. Gregor. Lop. en la ley 22. tit. 29. Partid. 3. glos. 1. Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 12. n. 4.

(3) Ley 8. glos. 5. tit. 29. Partid. 3. Sr. Covar. lib. 1. Var. capit. 8. n. 8. Paz tom. 1. part. 1. temp. 2. n. 32.

(4) Ley 9. tit. 19. Partid. 6. Sr. Covar. in Regul. possesor. part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 3. y 7.

(5) Ley 7. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 19. Partid. 6.

214 La prescripcion referida se entiende, ya sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ò de executoria dada por Tribunal superior, ò de instrumento guarentigio, puro, condicional, ò à dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y de el *condicional*, ò *à dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo, ò verificó la condicion, porque desde estos respectivos tiempos empieza à nacer la accion del acreedor para pedir executivamente, y la obligacion à pagar de el deudor, baxo la pena de ser executado, no lo haciendo.

215 Pero si el instrumento es de censo, ò de satisfacer en su virtud legado, réditos, ò pensiones annuas, entonces prescribe el derecho de pedir executivamente los caídos, pasado el termino decenario; y asi es preciso que el acreedor recurra à la via ordinaria para su exaccion; mas en quanto à los futuros no, porque al modo que todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no tubo ser, lo qual no sucede en los demás instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva, y ordinariamente segun el tiempo. (1) A mas de que en las obligaciones annuas, ya provengan de contrato, ò ultima voluntad, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de qualquier año, como está decidido expresamente en derecho; (2) y asi se estima en los Tribunales sin disputa,

no

(1) Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 4. num. 18. y 19 Rodrig. de Annuis. redditib lib. 2 quæst. 9. num. 69. Avendañ. de Censib. capit. 103. n. 8. Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 15.

(2) Ley Cum notissimi 7. §. Illud autem 4. Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Palac. Rub. en la ley 63. de Toro n. 14. Carlev. dicho n. 10. vers. *Ratio est*.

no obstante el sentir de algunos Autores, que afirman que en estos contratos si el acreedor dexa pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente, no solo las pensiones en ellos decursas, sino las succesivas; pues no hay ley real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictamen.

216 En los chirografos, ò papeles simples, se duda si los diez años se han de contar desde su fecha, ò desde su judicial reconocimiento? Esta question tan ardua, como reñida, tocan con sólidos fundamentos varios Autores, y acerca de su resolucion están diametralmente opuestos: *El Gutier. lib.* 3. *Practicar. quæst.* 35. *y Vela tom.* 1. *dissert.* 26. defienden que los diez años empiezan à correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no antes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir executivamente, y donde no hay accion executiva, mal puede exercerse, ni haber prescripcion, pues el vale, cedula, ò papel simple no traen aparejada execucion, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se reconozca en juicio con la formalidad legal. El Sr. *Larrea tom.* 1. *decision.* 49. *Acev. en la ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* y otros afirman que desde el dia en que se hizo el vale, ò papel, se deben contar los diez años, porque desde entonces empieza à nacer, y nace la obligacion civil, y natural del deudor, à cuyo dia se retrotrae el del reconocimiento; y pasados, debe prescribir la via executiva, y el acreedor usar de la ordinaria: y expenden otras razones, y varios textos que omito por importar poco al Escribano, y poder verlas en ellos el Letrado à quien incumbe su perícia para la defensa.

217 Procurando el Sr. *Olea* conciliar ambos pareceres, es de sentir en el *tit.* 1. *de Cesion. jur. quæst.* 1. *num.* 89. *al* 94. que pidiendose, y haciendose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan à correr, y contarse éstos desde él; y que asi há lugar la execucion, porque el acreedor no fue moroso, por haber preparado en tiempo habil la via executiva; cuya preparacion surte el efecto de que no se le repela del juicio con pretesto de prescripcion

cion por lapso de tiempo: y al modo que quando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años, renovando la obligacion, ò dando fianza, ò prenda, empiezan à contarse éstos desde la fecha de ella, y à correr la prescripcion segun derecho: (1) del mismo modo el reconocimiento del vale hace que tenga vigor, y autoridad de instrumento público.

218 Y si el deudor hace el reconocimiento despues de pasados los diez años de su confeccion, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no há lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion en él constituida, es con su causa, y como prescripto el debito, el que por haber mediado tanto tiempo se presume pagado; y esta presuncion le favorece, è impide que contra él se exerza el rigor de la via executiva; por lo que es preciso que el acreedor recurra à la ordinaria.

219 Pero si lo reconoce, y al mismo tiempo confiesa el debito (para lo qual el acreedor cauto lo debe pedir asi) se le debe executar en virtud de la confesion pura, ya sea por su total, si nada pagó, ò por el resto que esté sin satisfacer, (cuya circunstancia no es precisa, pidiendose el reconocimiento dentro de los diez años, pues basta pedir que reconozca la firma, sin añadir que exprese si está debiendo su importe, y reconociendola, se debe despachar la execucion, aunque niegue la deuda, como he sentado en el num. 23.) y à este dictamen me inclino; y la razon que à ello me mueve es, porque aunque el vale esté prescripto, no lo está la confesion del debito, y asi en virtud de ésta como que es del dia, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que

(1) Ley 29. tit. 29. Partid. 3. Vela dissert. 25. n. 60. Acev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. num. final.

que se haga, trae aparejada execucion, como expuse en el num. 11. lo qual he visto practicar como legal, y justo.

220 Asimismo es preciso sentar que hay notable diferencia entre interrumpirse la prescripcion, y perpetuarse la accion. La interrupcion no es otra cosa que un obstaculo, ò impedimento que detiene el curso de la prescripcion incoada, y la hace cesar; y para que despues haya prescripcion, es preciso que de nuevo empiece à correr; (1) y asi en la via executiva se interrumpe por siete actos: el primero, por la comparecencia del actor en juicio, pidiendo la execucion dentro de los diez años, y despachandola el Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ò éste no quiera contestar la demanda; y por su citacion, ò quasi citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sin lo otro segun la mas segura opinion; y aun quando la execucion esté mal despachada, y seguida; pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, al qual basta haber ocurrido en tiempo habil à pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion, y se le ponga en el estado que tenia el dia en que la pidió. El segundo, por la captura del reo, que es citacion Real. (2) El tercero, por oponerse à la execucion, ò proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia, como la citacion. (3) El quarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del debito, ya conste el pago en su respaldo, ò por otro medio; ò algunos intereses por retardacion de la suerte principal: (4) bien que en este ca-

(1) Felin in cap. Illud. 8. numer. 10. post Abb. ibi de Præscription. Jason in leg. Ex hoc edicto, n. 3. ff. de o, per quem factum. Per. Barbos. in leg. fin. n. 2. Cod de Præscription. 30. vel 40. annor.

(2) Sr. Covar. in dict. cap. Possessor, de Regul. jur. in 6. part. 2. §. 12. n. 4. vers. *Quarta conclusio*: Castill. en la ley 63. de Toro, verbi *diez años*: Carlev. dicha disp. 4. n. 22. al 26.

(3) Ley Etiam 29. §. *Si hæres, ditate*, ff. de Minorib. Carlev. ibi, n. 30. y 31.

(4) Dicha ley 29. tit. 29. Partid. 3.

caso si el deudor lo niega, y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del termino de la prescripcion, de lo que dice cobró de él à cuenta, ò por intereses, no será bastante para interrumpirla; excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ò el acreedor à quien incumbe la prueba, como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. (1) El quinto, por haber dado fianza, ò hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontaneamente, y no coactó la obligacion. Y el septimo, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos, ò avenidores: por cuyos siete actos se interrumpe la prescripcion, y empieza à correr de nuevo desde el dia en que qualquiera de ellos se celebró. (2)

221 Se perpetúa hasta quarenta años la accion executiva por la oposicion, ò proposicion de excepciones del reo; ò por su contumacia que se estima por litis contestacion; (3) pues la perpetuacion hace que tenga mas vida, y pueda exercitarse por tiempo mas largo, que el que en otros terminos duraría, y la ley 63. de Toro no la suprimió por el expresado. (4) El que quiera saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles, y raices propias, ò agenas, corporeas, ò incorporeas, vendidas, arrendadas, ò empeñadas, y poseídas con buena, ò mala fé entre presentes, ò ausentes, vea el tit. 29. de la Partid. 3. y su glosa, pues en sus treinta leyes lo explica difusamente.

222 De todo lo explicado se prueba, que si el acreedor pide la execucion pasados los diez años, no há lugar, porque le obsta la prescripcion odiosa establecida con-

(1) Cur. Philip. part. 2. §. 1. n. 15.

(2) Dicha ley 29. et ibi glos. 3. 4. y 5.

(3) Ley ultim. Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Carlev. disp. 4. dicha num. 22. y fin.

(4) Dicha ley ultim. ley 1. §. Exceptio, Cod. de Annal. exception. y cap. Placuit, 15 §. Hæc, de præscript 16. quæst. 3. Carlev. ibi, n. 21. vers. *Perpetuatio*: Parlador. lib. 1. cap. 1. §. 14. n. 6. y 7.

contra él en pena de su omision, y descuido de haber callado tanto tiempo, y dado lugar à que espirase el termino legal prefinido para usar de la accion executiva: y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su credito, debe ocurrir à la via ordinaria, que dura veinte años, contados unos, y otros en la forma explicada en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 71. al 74. excepto para con los criados de servicio, Boticarios, Joyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios, y otras personas, pues à éstos se conceden solamente tres años para pedir executivamente lo que se les debe, como he sentado en el citado cap. num. 76. al 78. en donde con mas extension lo podrá ver el Lector.

223 »Pero si el actor pide la execucion dentro de los »diez años por las pensiones de un censo en su intermedio »vencidas, cita al reo, éste se opone, y excepciona contra »la legitimidad del credito, y por consiguiente contra el »instrumento, en virtud del qual se expidió, por cuya »causa se convierte la via executiva en ordinaria; y por »sentencia executoriada dada en ésta, se declara legitimo, »y valido el instrumento, y se le manda que pague: ¿Se pregunta, si se podrá despachar à consequencia de la executoria no solo por las vencidas en los diez, sino por las posteriores hasta la executoria: ò será necesario seguir otro juicio ordinario, y esperar nueva sentencia?

224 Este caso *in terminis* que me ocurrió, no he visto tocado en los Autores, por lo que (salvo el dictamen de los doctos que venero, y à que me sujeto,) diré lo que mi corto talento alcanza, y es, que por las de todos sean los que fueren, se debe despachar, y ampliar: lo primero, porque el acreedor acudió en tiempo oportuno à usar de su derecho, y asi no se verificó prescripcion, ni por consiguiente se le debe imponer la pena de la ley, por no haber sido moroso. Lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió aquel obice que el reo aparentó, y quiso tubiese el instrumento executivo; ò por mejor decir declaró que no le tenia. Y lo tercero, porque estubo impedido de continuar el juicio executivo incoado,

y

y de intentar otros en los años succesivos por la excepcion maliciosa propuesta por el deudor, y por consiguiente de cobrar las pensiones posteriores en ellos vencidas: y como segun derecho (1) no corre termino, ni prescripcion contra el impedido legitimamente; por eso aunque pasen mil años, despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fé no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del actor. Lo qual entiendo, aunque en el intermedio de la litis haya suspension de su curso, porque como ninguna ley prefine quánto tiempo ha de durar la interrupcion *lite pendente*, ni quándo cesa, ni dice que una vez interrumpida renace, ò revive por la suspension, ò falta de continuacion del litigio, ni por otro motivo: por eso subsiste en este caso la interrupcion, y se debe despachar la execucion con ampliacion à los años posteriores, y no gravar al actor con los dispendios, y dilaciones de nueva demanda ordinaria sobre lo litigado que ya está determinado en la primera, pues esto será absurdo, y contra la brevedad que encargan las leyes en los pleitos. Pero respecto estár ilíquidas las pensiones, para que no se le oponga este reparo, lo que debe practicar ante todas cosas, es, pedir se liquíden con citacion del deudor por el Escribano originario, y aprobada, y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de *renovar, y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, por que pidió la execucion, y pedir ampliacion mediante su imposibilidad, por el de los posteriores*: pues sin preceder la liquidacion, no se debe despachar la execucion, porque no consta cantidad líquida, de que no se pueda dudar. En quanto à los reditos decursos pendiente la via executiva, he visto executoria en esta Corte, revo-

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Cum sex menses, ff. de Ædilitio edict ley 1. Cod. de Annali exception. ley Cum notissimi, §. Illud autem, Cod. de Præscription. 30. vel 40. annor. Authent. Nisi tricenale, Cod. de Bon. matern. cap. ultim. de Election. y cap. Quia diversitatem, de conces. præbend.

vocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, y mandó que el executante pidiese nuevamente por ellos: y el Tribunal superior atendida la verdad, defirió à la ampliacion, pues ni unos, ni otros estaban pagados.

225 Es obstativa tambien de la execucion la excepcion de que el instrumento en virtud de que se expidió, no es *público*, ni *authentico*, ni el *original*, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente: En cuyo caso hasta que se compruebe con el matriz, precedida citacion del reo, no hace fé, ni es exequible, y si el que lo produce no lo comprueba dentro del termino de la ley, impedirá sentenciar la causa de remate, por haber sido ilegalmente despachada la execucion, y no subsanado el defecto en los diez dias que prefine; (1) bien que si lo autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no intervenga precepto judicial para darlo, hará fé en juicio; pero si es de los de que no debe dar sin que preceda auto de Juez, y citacion de parte, mas copias que la primera, llamada *original*, no se podrá despachar execucion en su virtud, porque no la trae aparejada, como expuse en el num. 28. de este capitulo.

226 Lo propio milita si es Escritura *censual*, ò hipotecaria, pues aunque sea la *original*, si el acreedor antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el Oficio de Hipotecas de la Cabeza del Partido, en donde se hallan sitas respectivamente las fincas gravadas, segun está mandado por la ley 3. tit. 15. lib. 5. y Auto 21. tit. 9. lib. 3. Recop. por la Pragmatica de 31. de Enero de 1768. expedida sobre su observancia (de que traté à continuacion

(1) Ley 115. tit. 18 Partid. 3. ley 2. ff. de Fide instrument. y capit. 1. y fin. eod. tit. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 16. Parlador. libr. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 2. Sr. Covar. Pract. cap. 21. n. 2. y sig.

cion del cap. 5. tom. 2. de mi primera parte) y por la Real Cedula de 10. de Marzo de 1778. que se estiende à Escrituras, è hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar execucion en su virtud, ni juzgar por ellas, ni tampoco hace fé para efecto de perseguir las fincas en ella contenidas; pero sin embargo de este precepto he visto entregar al actor la Escritura para tomar la razon, pendiente la execucion, à fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate, estubiese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales.

227 Impide el progreso de la via executiva la excepcion *de no estár cumplido el plazo prefinido en el instrumento para hacer la paga, ni la condicion puesta en él:* pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene accion à pedir, ni el deudor obligacion à pagar; ni por consiguiente há lugar la execucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condicion expresa impide que nazca la accion, segun se prueba de la ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Seyendo pasados los plazos de las paga:::* y de otras: (1) Previniendo, que aunque el reo no oponga esta excepcion, puede el Juez repeler de oficio al actor, como que procede sin accion. (2) Lo qual milita, y se entiende, à menos que se presuma fuga del deudor, ò intervenga otra causa justa para pedir antes que espire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar à que cumpla. (3)

228 Pero si el instrumento es puro, y no contiene el plazo de la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado, como lo dice la ley 2. tit. 1. Partid. 5. al fin: *E si el plazo non fue puesto, debe ge la dar*

(1) Ley 1. Cod de Condition. ex leg. ley Si mandavero, ff. Mandati, ley Eum qui Kalendis, ff. de Verbor. obligation. ley Cedere diem, ff. de Verbor. signification. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. 31. y 32.

(2) Dicha ley 1. Cod. de Condition, y ley 1 Cod. Ut actiones. Bart. in leg. Lecta, col. 4. ff. de Reb. credit.

(3) Ley 7. tit. 13. Partid. 5. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicat. limit. 7. n. 2.

dar à voluntad del que la prestó, diez dias despues que fue prestada: lo qual se entiende, excepto que por la expresion de la causa del prestamo se colija otra cosa de la intencion del mutuante, y mutuario, v. g. si fue hecho para cierto uso; pues en este caso aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo, ò verifique el uso, como lo advierte el *Sr. Gregor. Lopez en la glos. 6. de dicha ley.*

229 Se admiten en la via executiva las excepciones que tienen su tendencia contra la persona que la intenta, v. g. si es menor, muger casada, hijo de familia, ò estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ò está excomulgada, ò no se halla nombrada en el instrumento, ò carece de potestad para pedir; y otras de quienes traté latamente en el §. 2. de este cap. y las mencionan *Parlador. lib. 2. Rer. part. 3. cap. fin. §. 1.* y otros que cita, y puede ver el aplicado.

230 Del mismo modo se admite, y há lugar en la via executiva la *declinatoria de fuero*, proponiendose en el tiempo, y terminos explicados en el cap. 1. de este libro §. 4. num. 186. Y es de advertir, que nunca se entiende excluída esta excepcion, auuque otras lo sean, excepto que la ley la excluya expresamente. (1)

231 Aunque por derecho antiguo no impedia la execucion la excepcion de estár pendiente compromiso sobre lo que se pedia: oy por el nuestro es obstativa de ella, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que en su virtud le competia; y asi no se debe executar. (2) Y lo mismo procede, quando en fuerza de sentencia arbitraria se pide la execucion, y no se observan la forma, y requisitos prescriptos por la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y expresados en el nu-

(1) Glos. in Clementin. unic. de Sequestrat. posses. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 8.

(2) Parlador. ibi, n. 24. Avendañ. tit. de las excepciones, n. 34. Canario de Execution. instrument. quæst. 12.

num. 4. de este cap. pues es nulo lo que en contrario se hace.

232 El no estár comprehendida en el instrumento la cantidad, por que se pidió la execucion, es otra excepcion que la impide, v. g. en el contrato de locacion, y conduccion, si el arrendamiento principal, y expreso espiró, y por el tacito que se subrogó en su lugar, executa el locador al conductor; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tacito, porque no está inclusa en él. (1) Lo qual se entiende, excepto que en el instrumento se pacte que por lo tacito se ha de executar al propio respecto, como dejo sentado en el n. 37. de este capitulo.

233 Lo mismo procede quando el instrumento de contrato en virtud de que se pide la execucion, no es el principal otorgado, y celebrado entre las partes; pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor no solo de su tenor, sino de que aquellas dieron potestad al Juez para proceder executivamente, respecto no traerla aparejada las deposiciones de estos, como el instrumento principal, no se debe despachar. (2)

234 Es excepcion legitima la del juramento que el lego interpone en las obligaciones, que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibido que se interponga en ellas; y lo propio milita quando se somete al Juez Eclesiastico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben executar, como lo ordena la ley 11. tit. 1. lib. 4. Recopil. ibi: *Defendemos que ningun Lego, Christiano, Judio, ni Moro no haga obligacion en que se someta à la jurisdiccion eclesiastica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas con-*

te-

(1) Ley Item quæritur, §. Qui impleto, ff. Locati. Avendañ. ibi, n. 46. Gom. en la ley 64. de Toro n. 6. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 49. n. 13. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. 33. Gom. de Leon centur. 83.

(2) Bart. in leg. 1. ff. de Iis, qui in testament. delent. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 27.

tenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fé, ni prueba. Y mandamos à todas, y à qualesquier Justicias, que no la executen, ni hagan pagar; y à mas de ser nula la Escritura, incurre el Escribano que la autoriza, en graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en el cap. fin. de mi primera parte num. 12. en donde expresé en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por estár ligados con él, y en el 39. de éste, quál debe contenerlo para ser executivo.

235 Son impeditivas de la execucion las excepciones que la moderan, ò al instrumento, en cuya virtud se pide, v. g. la de que el executado no debe ser reconvenido en mas de lo que pueda, de que traté en los num. 160. y 161. de este cap. y asimismo las que aparecen, ò vienen por la naturaleza del contrato como insitas, è inherentes à él, v. g. en el de compra, y venta la de no haberse entregado al comprador la alhaja vendida, ò no haber pagado éste su precio: ò en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demás, ò por el principal, no manifiesta el lasto, ò cesion de acciones para acreditar la solucion, y otras semejantes: y la razon es, porque como la accion, y excepcion provienen de un mismo contrato, y fuente; al modo que se admite la una, se debe admitir la otra, pues ambas tienen igual vigor guarentigio; por cuya razon no se debe decir que el que opone la excepcion, va contra el instrumento; (1) lo qual se entiende probandose unas, y otras en los diez dias legales, y no de otra suerte, pues si requieren mayor conocimiento, no la impedirán.

236 Lo explicado en el numero inmediato se limíta en quatro casos: El primero, quando los contrayentes pactan otra cosa. El segundo, quando el executado debe cum-

(1) Jason in leg. 1. n. 18. Cod. de Juris, et facti ignorant. Avendañ. in tit. de las excepciones numer. 28. Bart. in leg. Ex prædiis, Cod. de Eviction. et in leg. Si traditio, Cod. de action. empt. Parlador. dicha part. 5. y §. 11. n. 25. al 27. Rodrig. dicho cap. 6. n. 14. 15. y 25.

cumplir el contrato antes que el executante. El tercero, quando en él no consta quál de los dos ha de cumplir primero, v. g, en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la alhaja, ò al contrario; en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en deposito aquel, y ésta. Y el quarto, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas, ù otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ò se le retarde su cobro por culpa de tercero, y no del executante, si la mayor se le hace sana, y efectiva, no há lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva. (1)

237 Impedirá el progreso executivo la excepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquída, y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion; ò porque el executante confiese de plano ser líquido, y cierto el debito, porque el executado la hace, y que ninguna defensa tiene contra él: pues fuera de estos dos casos, como que exige mayor inspeccion, y conocimiento, no se admite, (2) por lo que surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicion, como he sentado en el cap. 1. §. 6. num. 245. de este libro.

238 En quanto à si la excepcion de la *non numerata pecunia* es, ò no admisible en la via executiva: aunque hay dos sentencias contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el termino legal, por ser justo, y equitativo se socorra à los deudores, para que no padezcan indebida extorsion; (3) y contra el derecho de gentes, y toda razon el que uno pida lo que no dió, y se enriquezca con detrimento de otro. (4)

Pe-

(1) Ley 34. tit. 5. Partid. 5. ley 1. Cod. de Eviction. y ley Si soluturus, §. fin. ff. de Solutionib. Parlador. ibi: n. 28. y 29.

(2) Palac. Rub. en la ley 64. de Toro al fin. Dieg. Perez en la 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 112. numer. 1. al 3. Rodrig. dicho cap. 6. n. 11.

(3) Ley Illicitus, ff. de Offic. Præsid.

(4) Ley Nam hæc natura, ff. de Condition. indebiti. ley Cum

239 Pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, si no la renunció; en cuyo caso, aunque puede recibir, y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ò han espirado los dos años, que para su oposicion prefine el derecho, (1) es de su obligacion, y no de la de éste justificar en los diez dias de la ley no habersele entregado el dinero, precio, ò alhaja que se le pide; y en ambos casos si lo prueba, debe ser absuelto. (2)

240 Impide igualmente el curso de la execucion la excepcion que de ella misma puede originase, v. g. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21. tit. 21. lib. 4. Recop. ò por no haberse dado los pregones en el tiempo debido; ò quando se invirtió el orden, y forma legal en hacer la traba; ò se excedió el Alguacil; ò no se observó el estilo del Tribunal: en cuyos casos, y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato, ò sentencia, en fuerza de que se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de ésta. (3)

241 Y ultimamente son obstativas de la execucion qualesquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, quando el acreedor renunció en el contrato el beneficio del real; porque lo que por disposicion legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes, (4) pues siendo justo, tiene fuerza de ley, y qualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad. (5)

242 Lo propio milita con las que el reo podia objetar en la Provincia en que se celebró el contrato, ò profirió la sentencia por la razon expuesta en el num. 30. y con otras

amplius, §. Is natura, ff. de Regul. jur. y ley Bona fides, ff. Depositi. Rodrig. dicho cap. 6. numer. 12. y 13.

(1) Ley 9. tit. 1. Partid. 5.

(2) Paz tom. 1. part. 4. y cap. 3. cit. n. 5. Parlador. dicho §. 11. n. 51.

(3) Paz loco cit. n. 26.

(4) Ley fin. Cod. de Fidejussorib. Paz ibi, n. 32.

(5) Ley Si quis in conscribendo, 29. Cod. de Pact.

otras legitimas que pueda probar en el termino prefinido por nuestro derecho, que son diez dias, (1) previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargo se desestimaren, y fuere condenado, no deben admitirsele en la execucion de la sentencia en él proferida, y executoriada, porque les obsta la de cosa juzgada. (2)

243 Procediendo à tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via executiva, digo que una es la de *Dolo*, (no habla del *dolo bueno*, ò impropio, que es discrecion, astucia, y sagacidad para conducirse licitamente, y precaverse, por lo que es permitido, sino del malo, propio, y verdadero, que es falacia, y maquinacion premeditada, para seducir, y engañar à otro, à fin de lucrarse en su detrimento, ò damnificarle, y por lo mismo está reprobado,) y la inadmision de esta excepcion se entiende, excepto que se pruebe haber dado causa al contrato el mismo dolo, pues entonces como es nulo no se debe executar, porque la ley resiste la execucion de los que lo son. (3)

244 De varios modos se comete el dolo: el primero, quando el mismo dolo da causa al contrato. El segundo, quando aunque al principio no lo haya cometido el doloso; pero no obstante saber que el obligado goza de excepcion, le demanda, y sigue la instancia: lo que al contrario, ignorando la excepcion, no se presume que lo comete. Y el tercero, despues del contrato, v. g. si por obra, ò culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia pagado. (4) Sobre quál se llama dolo verdadero, y quál

(1) Commun. Doctor. in leg. Cunctos populos, 1. Cod. de Summ. Trinit. Rodrig. Suar. in leg. Post rem judicatam, quæst. 5.

(2) Innocent. in cap. fin. de Ordin. cognition. Paul de Castr. in leg. 1. Cod. eod. tit. Avendañ. in leg. 4. et 5. n. 49.

(3) Ley 1. ff. de Dolo malo, ley Dolo, ff. de Inutili stipulation. y ley 1. §. Dolum, ff de Dolo malo. Rodrig. de Execution. capit. 6. cit. n. 26. Parlador. dicho §. 11. n. 41.

(4) Ley Eleganter, ff. de Dolo, ley 2. §. Circa 3. y §. Et generaliter, 5. y ley Si opera 6. ff. de Doli exception. y ley Viro, atque Uxore, et ibi glos. ff. Solut. matrimon.

quál presunto, vease el lib. 1. de esta segunda parte cap. 1. num. 103. y 104.

245 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon, ò hembra, y mayor, ò menor capaz de cometerlo, y asi es personal de parte de aquel contra quien se opone: y à veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar, y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, v. g. el de el difunto que daña à su heredero: y de parte del que lo opone es excepcion *in rem*, de tal suerte, que à qualquiera à quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion; v. g. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ò por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, sino si se cometió en la que se pretende en juicio. (1)

246 No daña (regularmente hablando) al singular succesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió. (2) Pero esto se limíta en quatro casos: El primero, quando quiere usar de la excepcion de su causante; ò aunque no quiera, si tiene causa lucrativa, ò quasi, è intenta su accion, y no de otra suerte. El segundo, quando es convenido de su dolo, ò se excepciona contra la parte. El tercero, quando la cosa ha de bolver incontinenti al que lo cometió, ò la excepcion está anexa à ella misma. Y el quarto, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues à qualquiera succesor que use de ésta, obsta la excepcion. (3) Previniendo, que el dolo del

(1) Ley 2. §§. 1. y 2. y ley Apud Celsum, 4. §. Sed etsi mulier 21. y §. de Dolo 26. ff. de Doli exception ley Pomponius, §. Cum quis, ff. de Acquirend. possesion. arg. leg. fin. cum ibi notat. Cod. de Reivindication. Marant. Specul. aur. part. 6. y tit. de Exception. cit. n. 22. y 23. Angel. y Aretin. in §. Sed iste: vers. *Quæro ad extra*: Institut. de action.

(2) Dicha ley Apud Celsum, §. de Auctoris 27.

(3) Ley Apud Celsum, cit. §§. Si quis, 11. in Hac, 17. y de Auctoris 27. Marant. ibi, n. 24.

del socio daña al consocio; bien que éste tiene el regreso contra aquel. (1)

247 Puede renunciarse por pacto la excepcion de dolo, mas no el dolo de futuro. (2) Y se advierte, que si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante éste) oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impetrar la confirmacion de aquel. (3)

248 No es admisible en la via executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento, y otros semejantes compete al leso segun derecho, (4) porque exige mayor examen, è indagacion. Lo qual se limíta, en caso que se pueda liquidar, y probar en el termino legal, pues entonces se admitirá; y probada, impedirá el progreso de la execucion. (5)

249 En quanto à la excepcion de *error de calculo*, ò *numero*, se distingue: si es material, y propiamente numerica, v. g. si en lugar de decir que daba ciento, dixese ducientos, se debe admitir, porque facil, y demonstrativamente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, v. g. quando los apreciadores, ò contadores aprueban la que deben reprobar, ò al contrario; ò le dan mas, ò menos valor, ò estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mas lata especulacion, y conocimiento, y no se puede liquidar en el termino legal. (6)

Tam-

(1) Bart. in leg. Si de communi, ff. Si servitus vendicetur. Marant. ibi, n. 26.

(2) Ley Si unus, §. Illud nulla, ff. de Pact. Bart. et DD. in leg. Aurelio 20. §. Gajus sejus, ff. de Liberation. legat. Marant. ibi, num. 27.

(3) Paul. de Castr. consil. 162. col. 1. lib. 2. Aimon Cravet. consil. 142. n. 13. Marant. ibi, n. 25.

(4) Ley 2. Cod. de Rescindend. vendition. y ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop.

(5) Parlador. cap. fin. part. 5. y §. 11. dichos, n. 42. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. numer. 158. Rodrig. dicho cap. 6. n. 26. vers. *Alterum*.

(6) Ley 1. Cod. de Errore calculi, y ley 19. tit. 22. Partid. 3. Parlador. ibi, n. 43. y 44.

250 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de *division* de la deuda entre los mancomunados; (1) y la razon es, porque hoy están tan claras, y terminantes nuestras leyes recopiladas, que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo, ò à prorrata, sin renunciar la Epistola de *Divo Adriano*, ni la Authentica *Hoc ita Cod. de Duobus reis stipulandi*, ni otras, como he sentado en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 152. y 154. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion, impedirá el curso de la execucion.

251 Obligandose dos, ò mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare (como puede) à qualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto por su cuenta, y à sus expensas la siga contra él, no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos, pues este es bueno para que el executado pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio, ò correo, segun le convenga. (2)

252 Sobre si en este juicio se debe admitir, ò no la excepcion de *restitucion in integrum* por lesion, ò menor edad, discordan los Autores. Lo cierto, y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluído el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la execucion de la sentencia, ò instrumento, cuya justificacion de lesion consta de autos, ò se puede probar incontinenti, que es en el termino legal, se debe admitir tambien, y la impedirá; pero si la lesion que motiva la restitucion, no consta de

(1) Parlador. ibi, n. 45. al 47. mer. 48. al 51.
(2) Parlador. dicho §. 11. nu-

de autos, ni se puede probar en el referido termino, porque requiere conocimiento mas pleno: ò se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe immorar, ni retardar por ella el progreso executivo. (1) De lo qual trata con mas extension *Carleval. tit. 3. disput. 16. ex num. 27.* hasta el fin.

253 Aunque segun sentir de algunos, no es necesario que el menor pruebe haber sido leso, para que sea restituído: lo contrario es lo verilico, excepto que la lesion conste de los autos; y asi no solo ha de alegarla, sino probarla, y tambien su menor edad. (2) Pero en seis casos bastará alegarla el menor, y la Iglesia para que se les restituya: el primero, quando fiaron à alguno; pues por el daño à que están expuestos en virtud de la fianza, se patentiza la lesion, y por sequéla se les debe conceder la restitucion. (3) El segundo, si se comprometieron; pues les puede venir perjuicio del compromiso. (4) El tercero, por haber renunciado tacita, ò expresamente su derecho; (5) porque por la renuncia se disminuye, y son lesos. (6) El quarto, quando por haber dexado de apelar, piden se les restituya de la omision, ò negligencia que tubieron. (7) El quinto, por haber omitido hacer su prueba en el termino concedido à ambos litigantes para este efecto. (8) Y el

(1) Rodrig. dicho cap. 6. numer. 7. Parlador. dicho §. 11. numer. 53. y 54.

(2) Leyes 1. y 3. §. Minorem: ley Ait prætor, 7. §. Non solum: ley Verum 11. §. Sciendum: y ley Quod si minor 24. §. Non semper, ff. de Minorib. ley Minoribus 5. Cod. de In integrum restitut. ley fin. tit. 25. Partid. 3. y leyes 2. y 6. al fin, verb. *Porque siempre*: tit. 19. Partid. 6.

(3) Dicha ley Ait prætor, y §. Non solum.

(4) Ley Si minor 34. §. unic. ff. de Minorib. y ley Labeo 3. ff. de Receptis qui arbitrium.

(5) Bald. Paul. y Jacob. in leg. 1. Cod. de In integrum restitut. Aflict. in Constitution. Siciliæ, rubr. 38. n. 22. Acurs. in dict. leg. Ait prætor, y §. Non solum.

(6) Ley Interdum 19. ff. de Minorib. Aflict. decis. 14. n. 3.

(7) Bart. in leg. fin. Cod Ex quibus causis in integr. restitutio. Alciat. regul. 1. præsumpt. 47. Morl. in Empor. jur. part. 1. titul. 5. in Prælud. n. 8.

(8) Abb. in cap. Subscitata, n. 2. et in cap. Auditis, n. 8. de In integrum restitut. Aflict. decis. 390, Capic. decis. 109. n. 8.

el sexto, por qualquiera acto que exerzan, y de su naturaleza les es nocivo. (1)

254 Ninguna excepcion que por no ser legitima, despreció el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el Tribunal superior en la causa de apelacion; pero si la que siendolo, no admitió tal vez por causar extorsion al reo executado; (2) pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravisimo daño, y se procederia iniquamente; previniendo que aunque se desprecie en el juicio executivo la que oponga el reo, le queda salvo su derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquel no produce la de cosa juzgada en éste, ni presta el mas leve impedimento para él. (3)

255 He tratado con la extension, y claridad à mis limitados talentos posible de las excepciones que son, ò no admisibles en la via executiva: paso à explicar en qué termino se han de alegar, y probar para que enerven la execucion. Digo pues, que segun derecho comun era arbitrario, por no estár señalado el en que se habian de justificar; (4) pero segun el nuestro si el reo comparece, y se opone à ella antes que se le cite de remate, ò en qualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encargar à ambas partes el peremptorio termino de diez dias, que prefine la ley, (5) à fin de que en ellos aleguen, y justifiquen lo que las convenga, como dexo sentado en el num. 171. lo qual se observa inquestionablemente en la práctica, por ser conforme à derecho.

256 Siempre que hay dos opiniones comunes, y contra-

(1) Alciat. regul. 1. præsumpt. 42. Morla. ibi: Cald. Pereir. in leg. Si curatorem, verb. *Lapsis*: numer. 25. Cod. de In integrum restitution.

(2) Parlador. dicho §. 11. numer. 55. al 57.

(3) Bart. in leg. 1. §. Et parvi refert, ff. Quod vi, aut clam. et in leg. 2. Cod. de His quæ vi, metusvè causa fiunt. Parlador. dicho §. 11. n. 52. Rodrig. dicho cap. 6. n. 27.

(4) Roman. consil. 76. Menoch. de Arbitr. centur. 1. lib. 2. cas. 17. n. 7. y 8. Acev. en la ley 19. cit. num. 121. Rodrig. cap. 5. cit. n. 92.

(5) Ley 19. tit. 21. lib. 4. Recopil.

trarias, es constante debe seguirse la que está mas en uso: (1) porque la costumbre diuturna autorizada por la inconcusa observancia, se estima por tacita convencion de los Republicanos, y tiene fuerza de ley, como elegantemente dixeron los Jurisconsultos *Hermogeniano*, y *Calistrato*: (2) y habiendolas sobre desde quándo ha de empezar à correr el termino de los diez dias; la mas usada, y corriente es, que corra, y se cuente desde el de la oposicion, (3) segun lo declara la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Declaramos, y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere à la tal execucion en adelante*::

257 Sin embargo de lo expuesto, está introducido en algunos Tribunales, que no empiece à correr el enunciado termino hasta el dia en que se verifica hecho notorio à entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia; lo qual como mas equitativo debe seguirse segun en esta Corte se practíca, por ser tambien conforme à derecho; (4) pues à mas de que en lo propicio, y dudoso se deben ampliar, è interpretar benignamente las leyes, (5) sería duro, y aun iniquo que por no poder, ò no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ò hacer notorio el encargo, ò por hallarse imposibilitado, ù ocupado éste, quedase indefenso el executado, y fuese condenado sin ser oído: lo qual resisten las leyes, y la razon; por lo que hasta que el termino se notifica à entrambos litigantes, no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad, y fraude. Pero se advierte que las notificaciones se deben hacer à costa del reo, al instante que se firma la providen-

(1) Ley Si de interpretatione 37. ff. de Legib. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 10. n. 31.

(2) Leyes Diuturna 32. Sed et ea, quæ 35. y Nam imperator, 38. ff. de Legib.

(3) Parlador. ibi, Acev. en la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop.

(4) Ley Petendæ 6. Cod. de Tempor. in integrum restitution. Parlador. ibi. Felin. in cap. 2. de mutuis petition.

(5) Ley Quod favore 6. Cod. ley Benignius 18. y ley Nulla 25. ff. de Legib.

dencia, aunque no lo solicite, porque se dió à su instancia; y à la solucion de lo que importen, puede ser compelido.

258 Pero si los diez dias empiezan à correr en feriados, v. g. los de Pasquas, ù otros repentinos, y en ellos espiran, ò se consume su mayor parte, no deben contarse, ni correr hasta el siguiente à el en que cesen, porque asi como en ellos se suspende todo procedimiento civil, se cierran los Tribunales, y no se hace juicio, excepto que ocurran las causas urgentes expresadas en el cap. 1. de este libro num. 12: asi tambien se debe estimar, y estima suspenso el termino legal, mientras duran; (1) lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario sería ilusoria, è ineficáz la concesion de la ley, y no aprovecharia al executado, à cuyo favor se introduxo para evitar su indefension, pues ninguno debe ser condenado, sin que primero sea oído.

259 No se debe prorrogar este termino à instancia del reo; pero puede disfrutarlo integramente, y por consiguiente ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que à su buelta se le deba compeler, mientras dura, ni à éste entregarse antes, aunque ocurra à tomarlos; y es la razon, porque el acreedor ya lleva expedita su accion, y hecha su probanza con el instrumento, sentencia, ò confesion que traen aparejada la execucion, y no necesita termino, porque no tiene que probar; pero el reo es menester que vea si le compete alguna excepcion contra el documento executivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias peremptorios, que es termino sumamente limitado en comparacion del que tubo el actor para pensar lo que habia de pedir. Lo que al contrario en el juicio ordinario, en el qual no lleva el actor su probanza hecha, y como que necesita hacerla para justificar su intencion, que requiere pleno examen, y discusion, puede tomar los autos antes que el reo, y si éste los toma, y no los buelve à breves dias, compelerle à su buelta, por-

(1) Castill. en la ley 64. de Toro, n. 84. Parlador. ibi n. 11. Rodrig. dicho cap. 6. n. 31.

porque todo el termino es para ambos, y para cada uno de los litigantes, segun he sentado en el cap. 1. de este libro; y asi se observa en esta Corte.

260 A instancia del acreedor se puede prorrogar el termino las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que ambos son correlativos; que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: (1) y es la razon, lo primero, porque ningun perjuicio se irroga al deudor, antes sí beneficio en tener mas tiempo para preparar, y hacer sus defensas, ò buscar dinero con que satisfacer el debito: y lo segundo, porque habiendose prefinido tan breve en utilidad del acreedor, à fin de que no se retarde mas la exaccion de su credito, y en odio del deudor, para que tenga mas cuidado de pagarlo, y no se irrogue detrimento al acreedor, puede renunciar legitimamente este beneficio, y pedir todo el termino que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho, y se procederia contra las reglas de derecho; (2) y asi, respecto militar diversa razon en uno que en otro, no debe regir la propia disposicion.

261 Pero para que se prorrogue à su instancia, han de intervenir copulativa, y precisamente dos circunstancias: la primera, que pida la prorrogacion dentro de los mismos diez dias, y si necesita mas prorrogaciones, antes que espire la concedida, para que se entienda ser todo uno mismo, y no diversos, pues pasados, no se debe prorrogar sin gravisimo motivo, y conocimiento de causa: y la segunda, que no haya visto, ni su Abogado la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos; porque si la vió, no se debe conceder; al modo que

(1) Ley Cum quidem, Cod. de Fructib. et litium. Regla Non debet, de regul. jur. in 6.

(2) Ley Quod favore, Cod. y ley Nulla, ff. de Legib. y ley Carbonianum 3. §. Duæ autem 5. ff. de Carboniap. edict. Rodrig. dicho cap. 6. n. 32. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 10. num. 13. y 15. Gutierr. lib. 2. Pract. quæst. 116 Arev. en la ley 1. tit. 21. libr. 4. Recop. n. 42.

que en la via ordinaria se ordena. (1) Previniendo, que asi el termino de los diez dias como el de las prorrogaciones son comunes à ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prorrogaciones se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia qualidad que el encargado de los diez dias.

262 Pueden hacer las partes sus respectivas probanzas por testigos, instrumentos, y demás medios legales, aunque la execucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Pero es de advertir, que los testigos que el reo produzca, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados con citacion del actor dentro del referido termino, segun lo ordena dicha ley, ibi: *ò por testigos tomados dentro del dicho termino*: pues si está pasado, ò falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que estén juramentados, y la prueba será ineficaz: y los instrumentos han de ser presentados tambien antes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es peremptorio, y como no concedido por el Juez, sino prefinido por la ley, carece de potestad para alargarlo à su instancia, y para admitir la probanza que fuera de él quiera hacer; (2) excepto en el caso que en el num. 265. expresaré, lo qual es al contrario en el juicio ordinario, como en él dexo sentado.

263 Se limíta lo explicado en el numero inmediato, quando por omision, ò imposibilidad del Juez, ò Escriba-

(1) Authent. de Testibus, §. Quia vero, collat. 1. ley 34. titul. 16. Partid. 3. y ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. y cap. Fraternitatis, de testib. Rodrig. ibi, n. 32. y 33. Parlador. dicho §. 10. n. 15. al 18. y 29. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64. de Toro, verb. *Pasados los dichos diez dias*: Parlador. dicho §. 10. n. 7. al 10. Acev. en la ley 2 tit. 21. lib. 4 n. 16. Sr. Salg. de Reg. part. 3, cap. 9. n. 280.

(2) Rodrig. dicho cap. 6. n. 28.

bano se pasa el termino, pues entonces, como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar: (1) y asi, es muy util la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision, ò imposibilidad; con cuya cautela aunque espire el termino, si los testigos fueron juramentados dentro de él, podrán ser examinados despues, porque los dias en que por la razon expuesta estubo imposibilitado de hacer su prueba, no le deben correr, ni computarsele por termino; (2) y asi lo he visto practicar.

264 Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar en dónde viven, y jurar que no procede de malicia: (3) y si existen en ageno territorio, debe pretender, y se ha de librar requisitoria al de su domicilio, como en el juicio ordinario se practíca; (4) pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de éste à él. Y se previene, que en este juicio, y demás sumarios no se admiten tachas, ò repulsas de testigos, ni por consiguiente se concede termino para probarlas, (5) segun dexo sentado al fin del num. 411. del capitulo primero de este libro.

265 No obstante que haya espirado el termino de los diez dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia, y posiciones en qualquier tiempo, con tal que sea antes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72. tit. 4. lib. 3. Recopil. (6) y asi se practíca, sin em-

(1) Arg. leg. Non debent. ff. de Reg. jur. y regla Quod per me non stat, de regul. jur. in 6.

(2) Ley Quibus diebus 40. ff. de Conditionib. et demonstration. Paz in Prax. part. 4. cap. 3. n. 38. Rodrig. dicho n. 29. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64. de Toro.

(3) Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop.

(4) Ley 1. tit. 7. Partid. 3. Ley 20. cap. 2. tit. 21. lib. 4. cit. ley Properandum 13. §. Sin autem reus 3. Cod. de Judic. y Authent. de Exhibendis reis, §. Si vero: Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 6. numer. 63.

(5) Cap. Veniens 2. de Testib. Parlador. ibi, n. 25. Sr. Covar. Pract. cap. 17. vers. *Septimo*: Rodrig. ibi, n. 38.

(6) Avendañ. respons. 18. Parlador. dicho §. 10. n. 25. y 26. Rodrig. dicho cap. 6. n. 34. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 117.

embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los Adelantamienos de Burgos, Castilla, y Leon, en cuyo titulo está, y no ampliarse à otras partes; pues no se hacen cargo de que fue creada muy posteriormente à la 2. tit. 21. lib. 4. Recopil. de que, ni manda que esta quede en su fuerza, y vigor para los demás parages, ni excluye, ni prohibe que de su auxilio se puedan aprovechar los que no residen en los Adelantamientos: y de que la confesion de la parte no es prueba, sino relevacion de ella, y asi no hay termino prefinido para hacerla, por lo que se puede recibir fuera de el de la ley; pues quando el Principe manda à un Presidente cierta cosa, se entiende por consequencia mandarlo à todos los de sus dominios en igual caso, por militar identica razon, como dicen los Autores. (1)

266 Supuesto que el termino no se puede prorrogar à instancia del executado, ¿se pregunta, si se podrá suspender? esta duda en ningun Autor ví tocada, aunque de intento examiné varios con cuidadosa atencion à este fin. Y satisfaciendo à ella, digo, que siempre que acredite causa justa, v. g. estár enfermos, ò ausentes algunos de sus testigos, y esperar su pronto recobro, ò regreso; ò no poder el Escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud, y otras semejantes, puede suspenderlo el Juez; lo uno, porque no lo prohibe la ley, ni de ello habla, y lo que no esta prohibido se entiende permitido: lo otro, porque no se infringe su precepto, pues siendo éste el que la prueba se haga, y presente dentro de los diez dias; en examinando los testigos en los que corran despues de la suspension, y presentando el instrumento antes que espiren, se cumple con él: y lo otro, porque en la demora de poco tiempo no se irroga notable detrimento, como indicaron los Jurisconsultos *Juliano*, *y Paulo*, (2) y será inhumano que por no esperar algunos breves dias mas, se gra-

(1) Bart. in leg. Relegatorum 7. §. Interdicere, 10. ff. de Interdict. et relegat. Rodrig. ibi, n. 30. y 34. Parlador. dicho §. 10. n. 26.

(2) Ley Ratum 13. y ley Quod dicimus 105. ff. de Solutionib.

grave al reo con la satisfaccion de lo que tal vez no debe, y con costas, decima, y otros perjuicios irreparables, que son consiguientes al mandamiento de pago: mayormente quando no depende de culpa, ni omision suya, sino de la casualidad la evaquacion de su prueba en el fatal, y peremptorio termino de los diez dias; ni se causa daño al actor, ya justifique, ò no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo no debe darsele, sino castigarle por litigante de mala fé; y si no, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor legal.

267 Pero es de advertir, lo primero, que esta suspension se ha de notificar al actor à costa del reo: lo segundo que el Escribano debe poner nota en el pedimento en que la solicite, no solo del dia, sino de la hora de su presentacion, para que si se defiere à ella, como que corre de momento à momento, no se le cuente todo el dia por termino ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento à la hora de Audiencia, ò antes: y lo tercero, que durante la suspension ningun testigo se examine, sino despues dentro del termino que falte, y de lo contrario es nulo, como hecho fuera de él, aunque intervenga previa citacion del acreedor, porque la suspension no es para tener mas, y que en él justifique su excepcion, (pues esto será prorrogacion, la que el Juez no puede hacer à su instancia) sino para que los testigos vengan de fuera, ò sanen, y en el termino restante declaren, à fin de que no quede indefenso.

268 Lo mismo procede si el reo pide declaracion al executante, y en caso de negativa, que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras la evaqua se suspenda el termino: pues de no suspenderse, podia ausentarse, ù ocultarse maliciosamente el executante hasta que espirase, à fin de que el executado no pudiese justificar, y por este defecto causarle la extorsion de ser condenado tal vez sin deber lo que le pedia, à lo que no debe dar lugar el Juez recto, è imparcial; y asi debe suspender el termino (en caso que lo solicite) hasta que

evaque su declaracion, y evaquada se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde ésta continúe el curso del termino que falte. Todo lo qual como equitativo, y justo he visto practicar repetidas veces en esta Corte.

269 Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado, è informar al Juez, se les han de entregar por poco tiempo, como advierte *Parlador. lib. 2. cap. fin. part.* 5. §.12. *num.* 1. y aun tambien para alegar de su derecho, como en la via ordinaria; y de lo que uno alegue, y haya probado, dar traslado al otro con la calidad de *sin perjuicio*, con la qual no muda el juicio su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados; y hecho, debe llamar el Juez los autos à instancia del que lo pretenda, y no de oficio; señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello; citar à entrambos, por si quieren asistir à informarle verbalmente de su derecho, y justicia, porque han comparecido en el juicio; y si no se acostumbra señalar dia, ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el executado, ò resultando del documento executivo la excepcion, y alegandola; pues si no la hizo, ò no resulta, ò no se opuso à la execucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate; por lo que ha de llamar los autos, y sentenciarlos, sin que preceda la citacion, respecto no haber cosa nueva, ni motivo para bolverle à citar; lo qual como corriente se observa en la práctica.

270 Como no siempre executa la sentencia el Juez que la profiere, ya sea ordinario, ò delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro: (1) contemplo util explicar por conclusion de este §. si todas las excep-

cio-

(1) Ley 4 Dico Pio 15. §. Sententiam, et ibi DD. ff. de Re judicat. cap. Pastoralis 28. §. Quia vero, de offic. et potestat. judic. delegat.

ciones que se permiten oponer contra la execucion, se podrán deducir, y alegar ante el requerido, al modo que ante el requirente; y si aquel podrá, ò no conocer de ellas, y difinirlas como éste. Pero antes de proceder à la exposicion de este punto, debo sentar para su mejor inteligencia lo primero, que algunas excepciones se alegan contra la misma sentencia, v. g. la de *nulidad* que se opone contra ella, porque nace despues que está proferida, por cuya razon no se puede oponer antes.

271 Otras no se oponen contra la sentencia, sino contra su execucion, v. g. la de que alguno no puede ser convenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su muger, el donante respecto del donatario, el soldado, y otros semejantes de que hice mencion en los num. 160. al 162. respecto de sus acreedores; (1) los quales no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su execucion, por lo que se pueden alegar, y poner despues de ella; (2) por cuya razon, la de las expensas hechas en la alhaja, que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de haber hecho el inventario con pureza, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones, y la del beneficio de la Epistola de *Divo Adriano* se pueden oponer despues de la sentencia executoriada, porque solo tienen su tendencia à modificarla. (3) Pero esto se limíta en caso que se hayan opuesto en la causa principal antes de la sentencia, y el Juez las haya despreciado expresa, ò tacitamente, pues entonces no se pueden alegar, ni oponer en la execucion; y la razon es, porque esta exclusion, y desprecio tacito, ò expreso pasa à cosa juzgada simultaneamente con la misma sentencia, y produce excepcion de

(1) Ley Sunt qui in id 16. ff. de Re judicat.

(2) Ley Ex diverso 17. §. fin. ff. Solut. matrimon. ley Miles 6. al principi. y ley Nesennius 41. §. ultim. ff. de Re judicat. Surd. decis. 332. n. 1. Barbos. in leg. Maritum 13. n. 47. vers. *Quarto amplia*, ff. Solut. matrimon.

(3) Ley Donum 5. Cod. de Reivindication. ley ultim. Cod. de Constitut. pecun. ley Julianus 13. §. Offerri, ff. de Action. empt. Carlev. tit. 3. disp. 17. n. 4.

de tal contra el que las opone. (1)

272 Y otras se oponen contra la accion intentada, quales son las peremptorias que miran à los meritos de la causa principal; y estas regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia; (2) y la razon es, porque la arguyen de injusta, y se dirigen à rescindirla, y revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que executar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su execucion. (3) Bien que hay varias que se admiten, como la del *Macedoniano*, de que trata la ley 22. tit. 11. lib. 5. Recop. inserta en el cap. 4. de mi primera parte num. 91. la qual fue establecida en odio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia, y de sus padres, por los motivos expuestos en el citado cap. num. 12. la del Jurisconsulto *Veleyano* al de las mugeres: la de restitucion *in integrum* al de los menores: la de ignorancia del derecho al de los soldados, (4) y otras que traen los Autores. (5)

273 Debo sentar igualmente, que de los que executan las sentencias por mandato, comision, ò requerimiento de algun Juez, unos se llaman *meros executores*, y otros *mixtos*: los primeros son los Alguaciles, Porteros, y otros sirvientes de la Curia, ò Juzgado, que carecen de jurisdicion, y no toman el menor conocimiento de las causas, porque ya precedió, y son creados, y están destinados solamente para cumplir el mandato del Juez que entiende en ellas: (6) y los segundos son Jueces con jurisdicion, à

(1) Cap. Quoad consultationem, 15. de Sentent. et re judicat. glos. ultim. in leg. Nesennius 41. ff. de Re judicat. Carlev. ibi, n. 5.

(2) Ley Peremptorias 2. Cod. Sententiam rescindi non posse.

(3) Ley Post rem, 56. ff. de Re judicat.

(4) Ley 1. Cod. de Juris, et facti ignorant. ley Tamen 13. et ibi glos. 1. ff. ad Macedonian. ley Scimus 22. Cod. de Jure deliberand. y ley Minor 37. ff. de Minorib.

(5) DD. in leg. 1. Cod. de Jur. et facti ignorant. Gratian. regul. 348. Valasc. de Privileg. miserabil. personar. quæst. 17. n. 159. Carlev. ibi, n. 6. y 7.

(6) Ley Si ut proponis, 6. y ley Executorem, 8. Cod. de Execution. rei judicat.

à quienes el ordinario de otro territorio, ò el delegado comete la execucion de su sentencia, antes que conozca de las excepciones concernientes à la misma execucion. (1)

274 Supuesto lo referido, digo que los meros executores ningunas excepciones deben admitir regularmente contra la execucion, ni de ellas pueden conocer por defecto de jurisdicion; (2) pero los mixtos executores pueden entender en las que miran à los meritos de la causa, y se pueden oponer despues de la sentencia, no para difinirlas, sino para ver si obstan, ò no à la execucion; pues obstando, deben suspender ésta, y remitirlas al Juez requirente, à fin de que las decida; y si se oponen calumniosamente, y no la obstan, proceder à executar la sentencia. (3)

275 De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer, sino difinirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion, es visto cometerles tambien todo lo que concierne à ella, y sin lo qual no puede quedar expedita, ni perfecta. (4) Y de las que impugnan la sentencia, v. g. la de nulidad, restitucion, &c. pueden conocer igualmente; y si advierten que son despreciables, proceder à su execucion; mas siendo legitimas, deben remitirlas bien instruídas al Juez requirente para que las difina; pero no difinirlas por sí, (5) porque de hacerlo se ve-

(1) Ley Et si non cognitio 4. Cod. Si contra jus, vel utilitatem public. Bart. in leg. A Divo Pio, ex num. 5. al 10. ff. de Re judicat. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quæst. 38. n. 20.

(2) Glos. in cap. de Cætero 5. de Sentent. et re judicat. Bart. in dict. leg. A Divo Pio, n. 10. Bald. in leg. Et si non cognitio, citat. n. 1. Menoc. ibi.

(3) Ley 1. Cod. de Juris, et facti ignorant. ley Satis 2. Cod. ad leg. Cornel. de fals. ley Cum fideicommissum 7. ff. de Confessis, ley Si prætor, al princip. y en el §. Marcellus, ff. de Judic. Angel. Immol. Cuman. Alex. y Jason en la ley A Divo Pio cit.

(4) Arg leg Cui jurisdictio 2. ff. de Jurisdict. omn. judic. Bart. et DD. in dict. leg. A Divo Pio. Carlev. th. 3. disp. 17. dicha, n. 14. Sr. Salg. de Reg. part. 4. capit. 7. n. 39.

(5) Bart. Alex. y Jason en la ley A Divo Pio, cit. Carlev. ibi, n. 19. Rodrig. de Execution. cap. 2. n. 40.

verificaria que el Juez menor, ò igual en jurisdicion revocaba la sentencia del igual, ò mayor, y esto es opuesto à derecho: (1) bien que en aquel negocio siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Lo qual se limíta en caso que el Juez inferior imparta el brazo, y auxilio del superior para executar su sentencia, pues entonces como éste es mayor, puede (aunque suene requerido) conocer, y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitucion contra la misma sentencia del requirente. (2)

276 En quanto al tercero poseedor, supuesto como veridico, è indubitado que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido, y éste conocer de ellas: (3) Para resolver si tendrá, ò no facultad de difinirlas, se distinguen dos casos: El primero, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone à ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta excepcion, sino difinirla, sin tener precision de remitirla al requirente; y la razon es, porque modifica la sentencia de éste, pero no la impugna, ni arguye de injusticia contra ella. (4)

277 Y el caso segundo es, quando la excepcion toca à la sentencia, y causa principal, v. g. si el tercero alega ser nula, ò el instrumento, en cuya virtud se despachó la execucion; ò que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió: y en este caso puede el Juez requerido conocer de la oposicion, y excepcion, no para di-

(1) Ley Nam Magistratus 4. ff. de Arbitr. ley Ille, à quo 13. §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. y cap. Cum inferior 16. de Majorit. et obed.

(2) Speculator lib. 2. tit. de Execution. sentent. §. 2. n. 5. Alex. in leg. A Divo Pio, n. 15. Menoch. quæst. 38. cit. n. 19. Felin. in cap. Pastoralis, §. Quia vero, n. 17. vers. *Secundo limita*: de Offic. et potestat. judic. delegat.

(3) Menoch. de Arbitr. lib. 1. y quæst. 38. cit.

(4) Sr. Covar. Pract. cap. 16. n. 5. Menoch. dicha quæst. 38. n. 8. Paz in Praxi tom. 1. part. 4. capit. 4. n. 6. vers. *Adverte etiam*: Carlev. ibi, num. penult.

difinirla, sino para instruirla; y estando instruida, remitirla al requirente, à efecto de que la difina, y pronuncie sobre ella como Juez à quien legitimamente incumbe conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste. (1)

§. V.

DE LA SENTENCIA, FIANZAS, y remate de los bienes executados.

278 VIstos los autos por el Juez puede absolver al reo executado, ò condenarle, ò recibir el pleito à prueba, segun lo que de ellos resulte. Si producen meritos para absolverle, porque probó plena, y concluyentemente sus legitimas excepciones en el termino de la ley, y advierte, que la execucion por accion personal despachada fue pedida maliciosamente, ha de revocar la execucion; absolver de la paga al executado; mandar se le desembarguen, y entregen libremente los bienes que se le sequestraron; y condenar en todas las costas procesales, y decima al actor, como litigante temerario, pidiendolo el reo, (2) y habiendo malicia.

279 Si conoce que por falta de termino competente no probó plenamente sus excepciones, ò le faltó algun adminiculo, para hacerlas mas expeditas, ò resulta duda en ellas: aunque à la verdad debe condenarle segun la ley à la paga del debito baxo de la fianza legal, y hecho el pago, precedida ésta, recibir el pleito à prueba; pero lo que por indulgencia se practica en estos casos, es declarar no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito à prueba *por via de justificacion* con el

(1) Leyes 1. y 2. ff. de Quibus rebus ad eumdem judic. eatur. ley Nulli, Cod. de Judic. Carlev. ibi, num. fin.

(2) Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 12. Paz dicha part. 4. cap. 3. n. 41. y 42. y cap. 7. n. 10. y sig. Rodrig. dicho cap. 6. n. 36.

el termino que contemple suficiente, el qual si no contiene la qualidad de *peremptorio* (que el ponerla, ò no está en arbitrio del Juez) se puede prorrogar como comun à instancia de qualquiera de las partes, hasta los setenta y nueve dias, pidiendose la prorrogacion en la propia forma que en la via ordinaria; y si la contiene, no: y luego que espira, se pide, y dá traslado reciproco de las justificaciones hechas à las partes, las quales alegan, y concluyen para sentencia, y el juicio muda su naturaleza, pasando de executivo à ordinario, aunque algunos dicen que se debe sentenciar la causa de remate, si hay meritos para ello.

280 Depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes à la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor: oponiendo al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y probandola en el termino encargado; no hay para que sentenciar la causa de remate, porque éste ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en dinero, mas no del mismo dinero que no se vende: y asi se declarará no haber lugar à proferir la sentencia, y mandará entregar el deposito al acreedor; y en quanto à lo demás se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protextó (como se acostumbra poner en los pedimentos de execucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia, pues si pidió execucion por mas que lo que se le debia, y no hizo la protexta, debe pagar al Alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado, segun la ley 8. tit. 21. lib. 4. Recop. y tambien la demasía con otro tanto, como lo manda la 9. siguiente.

281 Pero si depositó fuera de las setenta y dos horas la cantidad por que se le executó, se le condenará en la decima respectiva, habiendo estilo de exigirla, y en las costas hasta allí causadas, y no mas, declarando no haber lugar al remate, y mandando entregar el deposito al acreedor; y la razon es, porque la decima es pena, y en el instante que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el executado, se devengó, y adquirió derecho

à

à percibirla el Alguacil, al qual no se debe quitar por concedersela la ley; y respecto haber sido moroso el deudor, y dado lugar no solo à que se le executase, sino à que cayese, es justo que la pague con las costas hasta allí causadas, pues las leyes 32. tit. 4. lib. 3. y 18. tit. 21. lib. 4. Recop. le condenan en los derechos del mandamiento executivo, y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiere con él, y el Juez carece de potestad para remitirselos, quitandolos à sus legitimos dueños: lo qual he visto practicar à Juez literato de esta Corte, y como justo confirmarse.

282 Haciendo deposito el deudor dentro de veinte y quatro horas siguientes al requerimiento de la deuda por que se le executó, en persona lega, llana, y abonada, ante un Alcalde, ò por su ausencia ante un Regidor, queda libre de pagar la decima, y otro derecho de execucion, con tal que dentro de tercero dia despues de hecho el deposito, lo haga saber à su costa al acreedor, y no haya obligacion de hacer la paga en algun lugar particular; (1) y si dentro de ellas muestra contenta del acreedor, no está obligado à pagar decima, ni otro derecho de execucion. (2)

283 Oponiendo el executado por accion Real, ò hipotecaria excepciones obstativas del progreso executivo, y justificandolas en el termino encargado, se debe declarar no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito à prueba por via de justificacion: y la razon es, porque aunque la excepcion enervó la execucion, y por haberla probado, parece debia ser condenado el executante en las costas al modo que quando la pide por accion personal; pero como en este juicio por ser sumario, no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor pudo ignorar las excepciones, no tubo tiempo en los diez dias para probar contra ellas, y puede tal vez desvanecerlas, dandole mas termino; por eso se debe recibir à prueba, à fin de no dexarle indefenso,

(1) Ley 23. tit. 21. lib. 4. Recopil.

(2) Ley 22. dicho tit. y lib.

so, ni perjudicarle, y entonces muda el juicio su naturaleza, pasando de executivo à ordinario; lo qual se entiende, cesante toda malicia en pedir la execucion.

284 Si el executado por accion personal no se opone à la execucion, ò aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga, ò excepcion que alegó, debe el Juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su decima, y costas procesales causadas, y que se causen hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le toque, librando para ello (precedida tasacion de las costas, y por parte del executante la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena) el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que éstas importen. (1)

285 Pero sin embargo de que se oponga à la execucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse, existen fuera del Arzobispado, ù Obispado, se debe sentenciar la causa de remate, y dando previamente ambos litigantes en este caso la fianza que en el num. 287. explicaré, hacer pago al acreedor, no obstante que el reo apele, y la sentencia se executorie antes de verificarse el pago; y la razon es, porque como en via ordinaria puede probar su excepcion, es justo asegure el recobro de lo que indebidamente satisfizo; tenga persona contra quien repetir, si el executante no se lo debuelve incontinenti; y no quede ilusorio, è ineficáz el juicio. Y dada, y hecho el pago, y no de otro modo, se ha de recibir el pleito à prueba concediendole el Juez un mes para ello: si dice que están de Puertos allá dentro del Reyno, dos meses: y si que en Roma, París, Jerusalem, ò en otro lugar de igual distancia, seis: y en qualquiera de estos casos no solo debe expresar en donde viven los testigos, sino sus nombres, y apellidos, y jurar que no procede de malicia, pues asi lo manda la referida ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Y lo mismo procede aunque ofrezca pro-

(1) Dicha ley 19. tit. 21. Rodrig. de Execution. cap. 6. n. 36. Parlador. dicha part. 5. §. 12.

probar sus excepciones por otro medio, sino puede hacerlo en los diez dias, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita identidad de razon, y en ambos casos concluso el juicio executivo, se sigue luego el ordinario.

286 Están persuadidos muchos que en qualquiera execucion ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo; y ni aun distinguen en qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar, lo qual no extraño, porque no lo habrán visto, ni los Autores lo explicaron como debieron: y para que depongan este equivocado concepto, debo sentar como incontrovertible, que para executar la sentencia de remate, ha de intervenir previa, è indispensablemente una de dos fianzas, à saber: de la *ley de Toledo*, que es la 2. citada, ò de las *de Madrid*. La de la de Toledo en dos casos, en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro éste, y el deudor juntamente. Si la execucion se despachó en virtud de Escritura de prestamo, fianza, deposito, censo, arrendamiento, ù otra que no sea de transacion, ò en virtud de confesion de la parte, ò de executoria, ò de sentencia que no sea arbitraria, ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ò aunque se haya opuesto, no probó dentro de los diez dias excepcion legitima, que impida el progreso de la via executiva, ha de darla el actor solo, y su fiador obligarse: *A que si la sentencia se revocáre, ò modificáre por Tribunal superior, bolverá el acreedor al deudor la cantidad que en su virtud perciba con el duplo por pena en nombre de interés, conforme à la ley de Toledo: y no lo cumpliendo, y verificada la excusion en sus bienes, lo cumplirá él como su fiador, &c.* pues aunque la expresada ley no habla del caso de revocacion: como no hay otro à que contraerlo, ni en que se verifique, quando el reo no se opuso, ò habiendose opuesto no probó, ni alegó lo que se dirá en el numero siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder executar la sentencia; se entiende por todos los Autores, y debe entender, y concretar à él, y asi se practica.

287 Y si se opone, y quiere probar por testigos, pero alega que estos existen en los parages mencionados en el num. 285. (como quiera que debe ser condenado à pagar incontinenti, y reservarsele su derecho, para que use de él en via ordinaria, pues la mera proposicion de la excepcion, ni la alegacion, y prueba de que los testigos existen fuera del Pueblo, no impiden el curso de la execucion, ni convierten el pleito de executivo en ordinario, interin no se verifique el pago, ni tampoco mudan, ni destruyen su naturaleza) han de dar fianza simple no solo el acreedor, sino el deudor, obligandose el fiador del acreedor, *à que si el deudor probáre la paga, ò excepcion en otro juicio, le bolverá el mismo acreedor lo que satisfaciere, con el doblo por pena en nombre de interés, y en su defecto lo hará él como su fiador*, &c. y el del deudor se ha de obligar, à que si éste no la probare en el termino que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó. (1)

288 Lo explicado en los dos numeros ultimos es arreglado à la misma ley 2. hecha en Toledo, que inserté en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 136. y asi como los casos son diversos, asi tambien se reparte la pena, y constituye la fianza de distinto modo, pues en el primero es toda para el deudor, por lo que à su favor, y no al de otro se constituye la fianza: y en el segundo la que el deudor se impone por no probar, no es para el acreedor integramente, sino la mitad, y por eso *no se obliga à debolverle lo que perciba, sino à pagar en pena otro tanto como lo que pagó*; segun claramente se prueba de la citada ley, que hablando de la fianza que el acreedor solo constituye, dice: *Dando el tal mercader, ò acreedor luego fianzas, que si el deudor probáre la paga, ò otra excepcion que le pueda escusar, que le tornará lo que asi pagáre con el doblo por pena en nombre de interese*::: y hablando de la del deudor, prosigue: *Y el reo asimismo dé fianzas que si no lo probáre en el dicho termino, que pa-*

(1) Paz tom. 1. part. 4. cap. 7. num. 16.

pagará en pena otro tanto como lo que pagó: la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa, è injustamente se alegó la tal paga, y la otra mitad para reparos de los muros, ò para otras cosas pias, ò públicas donde el Juez viere que es mas necesario:: lo que tendrá presente el Escribano, pues pocos lo saben, porque no han visto la ley, ò no se han detenido à examinarla, y se gobiernan solamente por lo que por iguales motivos dicen los Autores.

289 Si la execucion se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y ésta no ha de ser la de la ley de Toledo, como algunos tienen creído, sino la que prescribe la de *Madrid*, que es la 4. tit. 21. lib. 4. Recop. que al medio dice: *Por ende queriendo en ello proveer, y proveyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere execucion, se execute libremente, paresciendo, y presentandose el compromiso, y sentencia signada del Escribano público, y paresciendo que fue dada dentro del termino del compromiso, y sobre las cosas sobre que fue comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion, y dando fianzas llanas, y abonadas ante el Juez, ò Jueces ante quien se pidiere, ò oviere de executar la sentencia, de tornar, y restituir lo que hubiere rescibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos, y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada*: Y lo mismo procede quando la execucion se despacha en virtud de transaccion, como lo ordena dicha ley al fin, ibi: *Y eso mismo mandamos que se haga, y se execute en las transacciones que fueren hechas entre partes por ante Escribano público*:: y por ella se ha de obligar el fiador: *A que si la sentencia de remate fuere revocada por el Tribunal superior, bolverá el acreedor al deudor no solo la cantidad por que se despachó la execucion, sino los frutos, y rentas que hubiere percibido; y en su defecto lo cumplirá él como su fiador, &c.* lo qual he visto declarado por el Consejo, revocando la sen-

sentencia de un Juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la de Toledo, y no quiso reponer esta providencia; y se corrobora por la ley 19. del propio tit. y lib. creada posteriormente por el Señor Rey Don Phelipe Segundo, que teniendo presentes las anteriores citadas, y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: *Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez hacer remate, y pago à la parte, dando las fianzas la parte que pide la execucion, que la ley de Toledo, y las otras leyes de estos Reynos disponen, y haga remate, y pago sin embargo de qualquiera apelacion.*

290 La misma fianza debe dar el acreedor quando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los Contadores nombrados por las partes, ò de oficio por la Justicia en rebeldía de la una, pues asi lo mandan la ley 24. del citado tit. y lib. creada tambien por el referido Señor Rey en las Cortes celebradas en esta Villa, y el Auto primero de él: cuyas fianzas tengo explicadas en los numeros 136. al 139. y estendidas en los 182. y 183. del cap. 4. de mi primera parte, por lo que las omitiré en éste, y se deben especificar en las sentencias, para evitar dudas, y recursos, pues como es infinito el numero de los que quieren saber, sin tener el trabajo de estudiar, creen que en toda execucion se debe dar solamente la fianza de la ley de Toledo, y ni aun discernen los casos de ella.

291 Son tan precisas respectivamente las expresadas fianzas, para poner en execucion las sentencias de remate, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el executado no las pida, ni se oponga, no se pueden llevar éstas à debido efecto, porque segun las leyes se requieren por forma substancial; (1) y dandolas el executante, se han de

(1) Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. n. 113. y 181. part. 3. capit. 3. n. 6. y 7. y cap. 4. y part. 1. Labir. cap. fin. n. 62. Rodrig. dicho cap. 6. n. 41. al 43. Parlador. dicha part. 5. §. 14. n. 1. al 4. Sr. Covar. Pract. cap. 25. al fin. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Rec. n. 25.

de executar, sin embargo de qualquiera apelacion que de ellas interponga el executado, (1) porque ésta no causa efecto suspensivo de la jurisdicion del Juez que las profirió, sino debolutivo à su superior; excepto en esta Corte, en la qual como existe la superioridad, si el deudor requiere con el decreto de mejora à los Ministros executores, y Escribano originario, se suspende la execucion hasta que confirma, ò revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza; pero ésta se dá tambien, aunque la sentencia se confirme.

292 Lo explicado en el numero inmediato se limíta en dos casos: el primero, quando un tercero apela legitimamente de la sentencia, pues no se debe executar en quanto à él hasta que se confirme. Y el segundo, quando la sentencia es evidentemente injusta, y su injusticia consta de los mismos autos, y no de otra suerte; pues entonces del gravamen, y perjuicio que irroga al executado la injusticia notoria que de ellos aparece, puede apelar, y no la debe executar el Juez que la profirió, hasta que se executorie por el superior, porque lo que de hecho, y no conforme à derecho se practíca, debe rescindirse por el mismo hecho; pero si la injusticia no consta de los autos, no debe ser oído el apelante, aunque quiera probarla antes de pagar, si no hacer el pago, y usar luego de su derecho. (2)

293 Se deben executar igualmente las sentencias de remate, aunque se alegue nulidad de ellas, precediendo las citadas fianzas; (3) à menos que ésta provenga de falta de jurisdicion, citacion, ù otra notoria resultante de los mismos autos, pues entonces no se han de poner en execucion, porque estas nulidades como tan substanciales, cla-

(1) Ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ley 1. §. Si mulier ventris, y ley Minor, ff. de Eviction. Bald. y Jason en la Si pacto, Cod. de Pact. Acev. en la 19. tit. 21. lib. 4. n. 140. Rodrig. dicho cap. 6. n. 52. Parlador. lib. 2. y part. 5. dicha, §. 15. num. 2. y 6. Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 119.

(3) Dicha ley 3. tit. 21. lib. 4. y en ella Acev. n. 7.

claras, y visibles no se comprenden en la exclusion general. (1)

294 No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia proferida en el executivo, y en otros sumarios, como he sentado en el num. 254. porque no intervienen aquel pleno, y prolijo examen, indagacion, y requisitos que prescribe el derecho, para que se eleve à la esfera de tal, y surta sus efectos; (2) y asi, aunque el executado no apele de ella, como de su taciturnidad no se prueba su consentimiento, (3) le queda siempre salvo, è ileso su derecho, para usar de él en la via ordinaria segun le convenga, lo qual es incontrovertible en la práctica; por lo que los Jueces lo reservan muchas veces à las partes en la sentencia de remate; cuya reserva sin embargo de no darles nuevo derecho, conserva el que tienen; (4) ò declaran no haber lugar à ésta, y reciben el pleito à prueba.

295 Dada alguna de las fianzas expresadas, y tasadas las costas procesales con arreglo al real arancel, se requiere al deudor con el mandamiento de pago, para que lo haga al acreedor, asi de éstas, como de la cantidad por que se le executó; y no entregando su total importe, se requiere, y apremia al depositario à que manifieste los bienes en él depositados, à cuya venta se debe proceder à instancia del acreedor, precedida su valuacion por Perítos, que éste, y el mismo deudor, ò el Juez de oficio en rebeldía del contumáz eligen: y hecha la tasacion con citacion de ambos, se debe dar quarto pregon, mencionando en él los bienes, y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor, ò comprador; (5) y no habien-

(1) Rodrig. dicho n. 52. vers. Ex *qua vera*: Gutier. lib. 1. Pract. quæst. 96. n. 5. y sig. Sr. Covar. Pract. cap. 15. n. 5. y cap. 23. n. 6. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9.

(2) Noguerol. allegat. 7. numer. 61. Acev. en dicha ley 1. n. 200. y fin. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. cap. 6. cit. n. 27. Parlad. lib. y cap. dichos part. 5. §. 11. n. 52. y §. 12. n. 4. y 5.

(3) Ley Qui tacet. ff. de Regul. jur. cap. Qui tacet, eod. tit. in 6. y regla 23. tit. 34. Partid. 7.

(4) Angel, y Jason en la ley Si quis legaverit, ff. de Legat. 1.

(5) Rodrig. ibi, n. 37.

biendo Pregonero, ò aunque lo haya, fijar cedulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia, y hora en que se han de rematar, estendiendo en los autos la cedula, ò cedulas originales, de que deben ser copias las que se fijen; y à su continuacion en diligencia separada la fé de fijacion, con expresion del dia, y parages: y si el deudor se ausenta, se le nombra defensor, con quien precedida su obligacion, fianza, y discernimiento, se substancia la venta, y remate de los bienes executados: de lo qual se instruirá mejor el principiante por las diligencias que estenderé en el §. final de este capitulo, y notas que las subseguirán.

296 Se debe celebrar el remate, y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma en él acostumbrada; y (siendo preciso, y posible) hacerse en el parage en que existen los bienes, para que viendolos los concurrentes, se inclinen à comprarlos, y de lo contrario es nulo. (1) Se han de admitir todas las pujas, ò mejoras que se hagan: poner por escrito quiénes son los compradores, y las alhajas compradas, con el dia, mes, y año de su respectiva venta; (2) y expresar que fueron los que mas dieron por ellas; y siendo la venta, ò almoneda de bienes muebles, y semovientes, se ha de depositar diariamente su producto en la persona que destine el Juez, y estenderse cada dia la diligencia de los que se vendan, haciendo que la firme el depositario. Advirtiendo, que el Juez no puede ofrecer *Prometido*, para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite à otros que expresa *Parlador. lib. 2. cap. fin.* §. 13. *n.* 3. *al* 8.

297 En las posturas, y pujas, ò mejoras se debe proceder con total, y absoluta libertad, pues si se comete fraude, ò impide hacer las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, por-

(1) Ley 32. tit. 26. Partid. 2. et ibi glos. Avendañ. in Dictionar. verb. *Almoneda*: Paz part. 4. cap. 3. n. 43. y cap. 7. n. 31.

(2) Leyes 33. y fin. tit. 26. Partid. 2. Parlador. lib. y cap. dichos §. 13. n. 9. Rodrig. n. 37. cit.

porque cede en detrimento suyo. (1) Y para evitar que se alegue lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio, no se ha de admitir la primera postura, sino excede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en esta Corte en la venta judicial de bienes raíces, y aun de algunos muebles: cuya postura se debe comunicar al deudor, y acreedores, y las pujas à estos, al deudor, acreedores, y anteriores postores, à fin de que les conste, expongan lo que les convenga, ò usen de la accion que les competa. Previniendo, que si el postor, y pujante no son abonados, no se les debe admitir, excepto que otro los abone, à fin de que si se remata en ellos la alhaja, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura.

298 Aunque segun derecho (2) se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor: no obstante, si otro hace postura en menor precio, pero con mejor condicion, y utilidad, se ha de efectuar en éste. (3) Si hay dos totalmente iguales, en el primero: y si se admite la postura del segundo, y no de otra suerte, queda libre el otro de la suya; (4) excepto en Rentas Reales, en las quales ya se admita, ò no, subsisten todos gradual, y subsidiariamente obligados por su postura respectiva, y por insolvencia de los unos se puede repetir contra los otros. (5)

299 Si despues de rematados en un estraño los bienes patrimoniales executados, intentare retraerlos, ò tantearlos dentro del termino legal algun pariente del deudor, debe ser preferido en iguales terminos, con tal que practí-

que

(1) Ley Eum qui, §. 1. ff. de In diem addiction. y ley 3. ff. de Crimin. stellionat. Parlador. dicho §. 13. n. 2.

(2) Ley Penes illum 4. Cod. de Vectigalib. et commis. y ley 52. tit. 5. Partid. 5.

(3) Ley Sabinus 9. y sig. y ley Si venditor. 14. ff. de In diem addiction. y ley Si Publicanus 4. §. 1. ff. de Publican. Bart. in leg. Si tempora, n. 4. Cod. de Fide instrumentor. Parlador. dicho §. 13. y n. 9.

(4) Posth. de Subhast. inspect. 35. n. 240. y sig. Parlador. different. 75. n. 7. y 9. Hermosill. en la ley 52. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. n. 31. al 33.

(5) Leyes 7. hasta la 16. tit. 11. y leyes 8. hasta la 11. tit. 12. lib. 9. Recop.

que precisamente lo que tengo explicado en el cap. 7. de mi primera parte §. 5. pero el acreedor lo será al pariente haciendo lo que éste, como se prueba de la ley 16. *ff. de Reb. authoritat. judic. possidend.* (que en la vulgata empieza el titulo: *de Privileg. creditor.*) y dice: *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus, qui creditor, cognatus vè sit, potior habetur creditor, cognatus vè: magis tamen creditor quam cognatus: et inter creditores potior is, cui major pecunia debebitur.* Y mucho mas si intervino pacto, y consentimiento expreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censualista: (1) Bien que *Parlador. different.* 109. §. 1. *n.* 2. dice que esta ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales, pues en los que lo son es preferido el pariente al acreedor, segun la ley 70. de Toro; pero ni esta, ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto, hablan de este caso. Y se previene, que en el arrendamiento de Rentas Reales son preferidos los naturales de estos Reynos à los estrangeros. (2)

300 Celebrado el remate de los bienes executados con la justificacion, y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun se debe practicar, no se puede abrir, ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme, è indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada lo efectuára por contrato, porque el Juez hace sus veces, y el derecho le autoriza para ello, y para otorgar en su nombre la venta; (3) y asi puede ser compelido el postor por prision, y todo rigor legal à cumplir la postura que hizo, y la obligacion que contrajo. (4)

301 En Rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo, ò medio diezmo, y no menos, haciendose preci-

(1) Bart. en la ley 16. inserta. Parlador. dicho §. 13. n. 10. Hermosill. ibi, n. 16. al fin. Rodrig. cap. 6. y n. 37. cit.

(2) Ley 11. que es la final, titul. 10. lib. 9. Recop.

(3) Ley 52. tit. 5. Partid. 5. ley Si ob causam, Cod. y ley Si plus, §. Mota, ff. de Eviction. y ley 1. Cod. Si in causa judicati.

(4) Amat. Var. resolut. 38. n. 4. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 2. n. 151. Sr. Castill. decis. y n. 6.

cisamente dentro de los quince dias inmediatos siguientes al del remate; y la del quarto dentro de tres meses; (1) de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25. años, ò le competa el beneficio de menor edad, por estár concedido solamente al Fisco: bien que en las de los Señores (que son los *Grandes*,) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir, y no de otra suerte. (2)

302 Sin embargo de no concederse por derecho el privilegio de abrir el remate à los que gozan de el de menor edad: (3) pero sí el de restitucion por derecho especial; por lo que pidiendola los menores dentro de los quatro años primeros siguientes à los veinte y cinco de su edad, y siendoles muy util la mejora, ò habiendo intervenido lesion, dolo, ò malicia en el remate, ò sido hecho intempestivamente, se ha de admitir una vez, y no mas à arbitrio del Juez; y al Fisco, Comunidades, y demás cuerpos privilegiados si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró. Lo qual se entiende, excepto que la lesion sea enorme, ò enormisima, pues entonces estos tienen treinta de termino. (4) Y se previene, que la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ò falta de solemnidad en el remate, ha de ser con frutos, porque fue nulo, y no dió titulo al licitador para adquirirlos.

303 No solo está concedido el privilegio de restitucion à los menores de veinte y cinco años, y demás que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien à los ausentes en romería, y al ocupado en servicio del Rey, ò Republica, ò en estudio, aunque sean mayores, y al cap-

(1) El tit. 13. lib. 9. Recop.

(2) Avendañ. in cap. Prætor. cap. 12. n. 11. Sr. Salg. part. 2. Labr. cap. 2. n. 5. Posth. inspect. 35. dicha Parlador. §. 13. cit. numer. 17.

(3) Ley Lucius 21. §. fin. ff. ad Municipalem, y ley Si sine ulla 1. Cod. de Vendend. reb. civitat.

(4) Leyes 5. 8. 9. y 10. tit. 19. Partid. 6. y ley Ait prætor 7. §. Etsi sine 6. y §. Quæsitum est, 8. ff. de Minorib. Parlad. ibi, n. 18. Rodrig. dicho cap. 6. n. 57. y 58.

captivo, con tal que la pidan durante la ausencia, ò impedimento, ò dentro de los quatro años siguientes al dia en que éste cesó, y justifiquen la lesion, dolo, ò malicia, y no de otra suerte, (1)

304 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sugeto en quien estaba celebrado, por si quiere los bienes rematados, porque es preferido por el tanto al pujante; y si no los quiere se han de bolver à la almoneda, y rematarse en el mayor postor; (2) pero ya los tome, ò se haga segundo remate en el pujante, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque ésta no se concede mas que una vez: bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor, y no haya lesion, admiten pujas si ven que de ellas le resulta utilidad, ò à los acreedores, ò hay otra causa justa, fundandose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la alhaja, ni su precio, ni tampoco irrogarse perjuicio al postor; à cerca de lo qual vease al *Sr. Salgado Labir. creditor. part. 2. cap. 2. n.* 33.

305 Ya esté presente, ò no el postor quando se celebra el remate, (pues de ambos modos se puede celebrar) debe aceptarlo, y obligarse à su cumplimiento. Despues de aceptado, se ha de conferir traslado de él al deudor, y acreedores; y si nada dicen dentro de tercero dia, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, y pedir se apruebe, y mande liquidar las cargas de la cosa vendida, para en su vista depositar lo líquido, y que à este fin se notifique, y apremie al deudor à que incontinenti ponga en el oficio originario los titulos de ella, à todo lo qual debe deferir el Juez. Pero en esta Corte se estila mandar, que antes de proceder à la liquidacion de cargas, se dé quenta del remate à los Señores del Consejo, quienes, ò lo aprueban, ò mandan que la alhaja rematada se buelva à pregó-

(1) Ley 47. tit. 13. Partid. 5. y leyes 8. y 9. tit. 19. Partid. 6.

(2) Ley penult. Cod. de Location. prædior. civil. S. Gregor. Lop. en la 5. titul. 19. Partid. 6. glos. 3. cerca del fin.

gonar por ocho, ò quince dias mas; se admitan las mejoras que se hagan; y habiendolas se buelva à señalar dia para el ultimo remate, de el que se les buelve à dar quenta para su confirmacion; y por si no las hay, suelen confirmar el primero en este caso. Hecha la liquidacion, y aprobada con audiencia del deudor, acreedores, y postor, y no de otra suerte (pues se les ha de hacer saber) deposita éste el precio líquido, pide posesion de lo que compró, la que se le manda dar, y luego procede el Juez à otorgar à su favor en nombre del deudor venta judicial, y se le entregan sus titulos con copia de la venta: de cuyas diligencias se instruirá el Escribano en el §. final de este capitulo.

306 Con el precio de la alhaja vendida se ha de hacer pago al acreedor de su credito, y de las costas de la execucion, pregones, remate, venta, y demás; excepto que el comprador en su postura se haya cargado con la satisfaccion de estos derechos; y no alcanzando à su total solucion, dirigirse el mandamiento de pago no solo contra los demás bienes que tenga, sino contra los del fiador de saneamiento, y su persona, pues puede ser encarcelada; (1) bien que no se debe molestar à éste hasta que se verifique la excusion en los de aquel, al qual se embargan, y venden con igual solemnidad los necesarios al complemento de todo. Y se previene, que si el fiador paga por el deudor principal, le compete con el lasto del acreedor accion executiva contra él ante el propio Juez por la cantidad que satisfizo, y por las costas, y daños. (2)

307 El comprador de la alhaja subastada queda libre de las molestias del deudor, del mismo modo que si éste otorgára voluntariamente la venta à su favor. Lo qual procede, no interviniendo en ella lesion enorme, ò enormisima, pues si hace ver que la hay, puede impetrar del Juez que la rescinda, bolviendose à pregonar la alhaja,

(1) Rodrig. dicho cap. 6. numer. 38. Parlador. §. 13. cit. numer. 12.

(2) Cap. 2. de Fidejussorib. Vela dissert. 37. n. 13.

ja, entregandola al que mas dé, si el comprador no la quiere por el tanto, y à éste el precio que por ella desembolsó, aun quando la primera subasta esté confirmada por el superior. Y lo mismo puede pretender qualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintegra de su credito, ò el postor no quiere pagar el precio ofrecido: y aun lo puede hacer tambien el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior, en caso de intervenir lesion. (1)

308 Queda libre igualmente de las de los acreedores que comparecieron en el concurso, y à cuya instancia se vendió en pública subasta la alhaja, sin embargo de que su precio no alcance à la satisfaccion de sus creditos, porque su consentimiento en que se enagenase, extinguió todo su derecho, y por él perdieron el que tenian, y lo transfirieron en el comprador. Y tambien lo queda de las de los que fueron citados en sus personas, y no han comparecido, pues por su contumacia, y negligencia es visto renunciar el derecho de prelacion, è hipoteca que les compete, y se les estima como presentes. (2)

309 Pero de las de los que fueron citados por edíctos, si son hipotecarios anteriores, no estará libre, porque su hipoteca no se extinguió, y el hecho del deudor, y acreedores posteriores no les quita, ni puede quitar el derecho de prelacion, è hipoteca que tienen: bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus creditos baxo la fianza depositaria, ò de acreedor de mejor derecho, y contra sus fiadores. Y lo propio milíta para con el extraño dueño de la alhaja, pues acreditando pertenecerle, puede reinvindicarla del comprador, ò de otro tercero poseedor de buena, ò mala fé, porque en qualquiera parte clama por su dueño, y el deudor no debe formar concurso de bienes que no son suyos. (3) Na-

(1) Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 10.

(2) Carlev. tit. 3. disp. 21. n. 19. Sr. Salg. ibi, n. 10. y 11.

(3) Sr. Salg. dicho cap. 10. n. 8. y 9. Carlev. tit. 3. disp. 22. numer. 12.

310 Nadie puede ser compelido à comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales, por las quales, (y no por otra, aunque proceda de costas, y salarios,) pueden serlo las personas, que por defecto de comprador elija la Justicia juntamente con los exactores, y Ministros Reales que entienden en la venta; y à pagar por ellos el justo valor que les dén los peritos, que la misma Justicia del Pueblo nombre; pero no se la permite variar la eleccion, y nominacion de compradores que una vez haga, si son acaudalados para su pago, ni puede retratarse la venta que en estos terminos se celebre, aunque haya engaño en la mitad del justo precio. (1)

311 Aunque la obligacion de pagar el debito constituida por el deudor sea jurada, puede ser compelido su acreedor à tomar en pago de él bienes justamente apreciados, con tal que concurran copulativamente quatro requisitos: el primero, que el deudor no tenga dinero, ni otros bienes, y pruebe que lo buscó, y no lo halló. El segundo, que se obligue al sanéo de los que se le venden, y le entregue sus titulos. El tercero, que el deudor ofrezca sus bienes al arbitrio del Juez, y no del acreedor, y que éste al suyo elija los que le acomoden; y son muchos acreedores, podrá cada uno en su tiempo hacer la eleccion. Y el quarto, que no haya comprador, ò si lo hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberlo. (2) Y se previene que en el caso de ser compelido el acreedor à tomarlos, ò en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar à que se subasten, por evitar gastos judiciales; ò no haya postor, ò no sea idoneo, ò no ofrezca lo justo; si

(1) Leyes 18. y 20. tit. 7. libr. 9. Recop. ley 3. tit. 5. Partid. 5. ley Invitum 11. Cod. de Contahend. emption. y ley Neque emere, Cod. de Jure deliberand. Parlador. §. 13. cit. num. fin. Boler. de Decoction. tit. 5. quæst. 18. n. 7. al 9.

(2) Roman. singular. 163. Baez. de Inope debitor. cap. 1. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 29. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 17. n. 22. al 24. Rodrig. dicho cap. 6. n. 46. y 47.

si son raices, ha de otorgar à su favor el Juez en nombre del deudor, obligandole à su eviccion, y saneamiento, Escritura de adjudicacion, que es lo mismo en sus clausulas, y firmezas, que la de venta, y solo se diferencia en la introducion que dice: *adjudico in solutum*, en lugar de decir: *vendo, y doy en venta Real*, con que empieza la venta; y si no sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgára el deudor. Y siendo muebles, ò semovientes, basta el despacho, ò testimonio de adjudicacion con insercion del auto en que ésta se hace, y demás preciso, y nominacion especifica de los bienes, y sus precios, pues por ser perecederos, y no tener tracto succesivo à la posteridad como las raices, no es menester formar protocolo, ni conservar titulos de propiedad, y pertenencia; y asi segun sean, se ha de introducir la pretension; y en estos casos no se celebra remate, porque no hay materia sobre que recaiga.

312 De la adjudicacion *in solutum* necesaria, qual es ésta, no se debe alcabala, porque realmente no hay venta, aunque suene serlo; (1) pero de la que se hace en pública subasta à un estraño, ò al mismo acreedor que puja los bienes, y hace veces de postor estraño, se debe, porque es venta verdadera, la qual no se ha de entregar al instante que se celebra, porque puede arrepentirse el deudor, pagar su debito al acreedor, y recuperar los bienes vendidos en el termino que en el num 320. diré; y asi es preciso esperar à que pase, y el comprador esté aposesionado de ellos, para exigirla; bien que si pasado, obtuviere el deudor por gracia del Tribunal superior, que se le restituyan, deberá pagarla, porque esta gracia no puede eximirle de su solucion, y el alcabalero adquirió derecho à ella. (2) En quanto à si el acreedor censualis-

(1) Ley Si prædium, Cod. de Evict. ley final tit. 27. Partid. 3. verb. *Entonce debe el juzgador*. glos. in leg. A Divo Pio 15. §. Si pignora, verb. *Addicantur*: ff. de Re judicat.

(2) Lasart. de Decim. vendition. cap. 1. n. 38. y sig. y cap. 7. n. 54. y sig. Parlad. lib. 1. cap. 3. § 2. n. 33. al 40. Rodrig. dicho cap 6. n. 39. y 40. Hermosill. en la ley 52. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. n. 53. al 55. Acev. en la ley 1. titul. 17. lib. 9. Recop. ex n. 133.

lista citado al concurso podrá ser obligado à tomar los bienes del censuario tasados justamente para extincion del capital, y réditos de su censo, y quándo: vease al *Sr. Salgad. part.* 1. *Labir. cap.* 22. *ex num.* 6. pues por no importar al Escribano, omito explicarlo.

313 Al testamentario, y curador está prohibido comprar los bienes de su albaceazgo, y curaduría; pena de bolverlos con el quatro tanto, y de nulidad de su venta. (1) Lo qual se entiende, aunque sea por interposicion de otro, porque se presume fraude; (2) pues en estas ventas no se atiende al sugeto, por quien se adquiere, sino para quién; (3) y el que compra por interposita persona, estandole prohibido, parece que compra mas clandestina, y fraudulentamente. (4) Pero no se prohibe al tutor comprar en pública subasta los de su menor, que por beneficio de éste, y con conocimiento de causa se venden judicialmente, cesante toda lesion, y colusion. (5) Por lo tocante à si el administrador del concurso podrá, ò no comprar los bienes de éste, vease al *Sr. Salgad. part.* 1. *Labir. cap.* 13. §. 2. *ex num.* 7. hasta el fin, que trae cinco casos, cuya pericia toca à los Letrados.

314 Al Juez, à sus Ministros, y al fiador está prohibido comprar los bienes de la almoneda; y si lo hacen, à mas de ser nula la venta, deben restituirlos con frutos por el dolo. (6) Lo mismo procede para con el comprador, quando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo, pues debolviendoselo el deudor, debe restituirle los bienes con sus frutos por si

(1) Ley 23. tit. 11. lib. 5. Recopil.

(2) Ley Pupillus, §. Item ipse tutor, ff. de Authoritat. tutor.

(3) Ley Cum dotem, ff. ad leg. Falcid. y ley Cum ei, qui 42. ff. de Legat. 2.

(4) Dicha ley Pupillus, y ley Si is bonis, ff. de Acquirend. hæreditat.

(5) Ley 4. tit. 5. Partid. 5. ley Cum ipse, Cod. de Contrahend. emption. dicha ley Pupillus al princip. y §. Item ipse tutor, y §. Sane, ff. de Authoritat. tutor. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 4. glos. 8.

(6) Ley 1. Cod. de Dolo, ley Si mandato, §. 1. ff. Mandati, ley fin. ff. de Contrahend. emption. ley 22. tit. 8. lib. 2. y ley 33. tit. 4. lib. 3. Recop.

sú mala fé, y no cumple con suplir su verdadera estimacion, à menos que el deudor se contente. (1)

315 Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí, y por interposita persona los bienes obligados, è hipotecados à su credito, sin que intervenga consentimiento de su dueño, y si los compra, debe restituirlos con frutos en qualquier tiempo que éste, ò sus succesores le debuelvan el precio que diò, porque como carece de titulo justo, y buena fé para poseerlos, es nula la venta, y ningun derecho adquiere por consiguiente à lo comprado de esta suerte, ni à sus frutos, segun se prueba de la ley 44. titul. 13. Partid. 5. que dice: *El que tiene apeños alguna cosa de otri non la puede él comprar, si la quiere él vender, fueras ende si la comprase él con otorgamiento, è con placer de su señor de ella: è si de otra guisa la comprase, no valdria la vendida. Cá quando quier que el señor de la cosa le diese su debda, tenudo sería de gela desamparar.* Con la qual concuerdan la 10. *Cod. de Distraction. pignor.* que trata del caso de interposita persona, y la 2. *Cod. Si in causa judicati.*

316 Pero no obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en todo lo que importa el debito, decima, y costas, puede (si le acomoda) buscar un postor que lo ofrezca con la expresa calidad de ceder el remate à quien le parezca; sin que por esta cesion se cause nueva alcabala; y celebrado el remate en él, transferirlo antes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio, sin quedar obligado à evicion; con lo qual queda reintegrado el acreedor de su credito, y costas. (2) Lo qual suele practicarse en semejante caso, sin que por ello se anule la venta, no interviniendo dolo, ni lesion.

Si

(1) Ley 49. tit. 13. Partid. 5. ley Si pignora 50. ff. de Eviction. y ley Si quis aliam, 46. ff. de Solution. Cur. Philip. part. 2. §. 22. n. 21.

(2) Rebuf. de Litter. obligator. artic. 12. glos. unic. n. 9. y sig. Dieg. Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. n. 124. y 125. Parlador. dicho §. 13. n. 13.

317 Si no halla postor que practique lo referido, ò aunque lo halle, sino es idoneo, ò no quiere ofrecer el justo precio (pues para el caso es lo mismo que no haberlo) puede pretender se le entreguen *in solutum* por su justa tasa, y debe adjudicarselos el Juez consintiendolo el acreedor, ò no contradiciendo dentro de tercero dia la pretension que se le debe comunicar, formalizando à su favor la Escritura en los terminos explicados en el num. 311. Y recibiendolos en esta forma, si su valor excede al credito, debe restituir el exceso, y si no alcanza, le queda el regreso contra los demás del deudor por el residuo, y costas. (1) Y si los toma sin aprecio, es visto, y se entiende que se contenta con ellos por toda la deuda; en cuyo caso valiendo menos, no puede pretender el resto, y valiendo mas, debe bolver su mayor valor; excepto que al tiempo de intentar su adjudicacion, proteste pedir el menor, ò dar el mayor que tubiesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho. (2) Previniendo que si al tiempo de pretender la adjudicacion, no dice que los derechos de ésta, y demás que ocurran, han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pretenderla, y callar, es visto que quiere sean de la suya.

318 Si los bienes se dieron *in solutum* al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos à éste, entregandole su importe con lo que por él pagó: y tambien à qualquier acreedor que sea hipotecario, y no de otra suerte, aunque el debito de éste se haya contraido no solo despues del primero, sino despues de la fianza, y antes de la adjudicacion; pero esta restitucion se entiende sin frutos, por el justo titulo que tubo el fiador para percibirlos: (3) lo que al contrario habiendolos comprado en al-

(1) Ley fin. tit 27. Partid. 3. et ibi glos. 6. y ley 44. tit. 13. Partid 5. verb. *Mas si por aventura*: Rodrig. dicho cap. 6. n. 45. cerca del fin.

(2) Bart. in leg. Si non sortem 26. §. Si centum 4. ff. de Condition. indebiti. Jason in leg. Non solum 8. §. Morte ejus 6. ff. de Operis novi nuntiat. Cur. Philip. dicho §. 22. n. 23.

(3) Leyes 13. y 45. titul. 13. Partid. 5. Cur. Philip. ibi, n. 22.

almoneda, pues debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia, y falta de buena fé, como en el num. 313. he sentado

319 Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes, que como suyos se le vendieron, para pagar sus deudas, y no su acreedor. Lo qual procede, excepto que éste le indemnice, y se obligue expresamente: ò que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los haya elegido para hacerse pago: ò que al de la execucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos; (1) por lo que resultando ser agenos, y quitandoselos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion, para reintegrarse de todo, y no de la executiva, porque ésta espiró, y se extinguió con el pago; (2) pues aunque quando se paga una cosa por otra, y despues se quita en juicio, subsiste la obligacion primera: (3) esto es, porque viene à ser permuta de una especie por otra especie; (4) pero no quando se paga la especie por el dinero recibido, porque entonces se contrae compra, y venta, y el vendedor no está obligado à dar, sino à entregar; (5) por cuya razon una vez quitada la entregada, no queda al acreedor despojado otra accion, que la de eviccion para su reintegro. (6)

320 En quanto à si el deudor tiene, ò no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, à fin de pagar à su acreedor, ò los que se adjudicaron à éste *in solutum*, satisfaciendo la deuda, costas, è interes-

(1) Ley fin. tit. 13. Partid. 5. Cur. Philip. ibi, n. 17.

(2) Ley Eleganter, ff. de Pignoratit. action. dicha ley A Divo Pio, §. Si post addictam, ff. de Re judicat. y ley Si pro fundo, Cod. de Transaction. Parlad. dicha part. 5. §. 16. n. 19. y 20.

(3) Ley Si quis aliam, ff. de Solutionib.

(4) Ley 1. ff. de Rerum permutation. Bart. et DD. in dict. leg. Si quis aliam. Tiraquel. de Retract. §. 1. glos. 14. n. 7.

(5) Ley fin, ff. de Condition. causa data.

(6) Ley Si prædium, y ley Si causam, Cod. de Eviction. Parlador. dicho §. 16. n. 22.

reses; para su debida claridad se proponen cinco casos: El primero, quando la execucion, subasta, venta, y adjudicacion se hicieron con la pureza, y formalidad legales que para su validacion se requieren, de modo que ni faltó solemnidad, ni hubo lesion, fraude, ni colusion alguna: en cuyo caso atendido el rigor de derecho, no debe ser oído, ya pida la recuperacion ante el Juez inferior, ò ante el superior; y la razon es, porque por ningun derecho se pueden revocar, ni rescindir la venta, y adjudicacion celebradas en los terminos propuestos: (1) ni tampoco se retrata la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca à su acreedor el dinero que le debe. (2) Pero por costumbre, y equidad de los Tribunales de estos Reynos, de que testifican varios Autores, (3) se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias despues de hechas, y de los raíces dentro de nueve, sin restitucion de frutos por la buena fé del comprador.

321 El segundo caso es, quando se adjudican al acreedor, faltando las solemnidades legales asi en la adjudicacion como en la execucion: ò hay lesion en el valor que se les dió: ò por parte del acreedor se interpuso alguno, que los comprase en baxo precio, para cederle luego el remate, y todo el derecho que à éste habia adquirido; en cuyo caso se ha de distinguir: si el deudor apela de la venta, ò adjudicacion como fraudulenta, puede (pendiente la apelacion) pedir ante el superior la restitucion de sus bienes vendidos, ò adjudicados con el vicio, ò vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta, ò adjudicacion con las costas, è intereses: à lo qual ha de deferir el superior, revocandolas; y muchas veces defiere sin que lo pida; y lo mismo suele hacer aunque confirme la sentencia de remate, prefiniendole termino en este caso, pa-

(1) Ley Si finitam 14. §. Posteaquam, ff. de Damn. infect. ley Properandum, §. Sin autem reus, Cod. de Judic. y leyes 3. 6. y 7. Cod. de Rescindend. vendition.

(2) Ley Si creditor 7. al princip. y §. Illud, ff. de Distraction. pignor.

(3) Castill. en la ley 70. de Toro, Sr. Covar. lib. 2. Var. capit. 11. n. 3. Parlador. dicho §. 16. Rodrig. dicho cap. 6. n. 54.

para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas, è intereses. (1) Y si no apela, è introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio à imitacion del superior, por ser muy honesto, y seguro seguir el buen exemplo de éste, como lo dice el derecho. (2)

322 Pero se duda quánto termino tiene (apelando) para introducir la pretension ante el superior; y si ha de ser, ò no con frutos la restitucion: y à lo primero, unos opinan que dentro de dos años: otros que dentro de quatro: y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Y à lo segundo discordan tambien; pero *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 24. num. 9.* es de parecer que se debe dexar al arbitrio del Juez, el qual atendidas las circunstancias del caso, proveerá lo conveniente: y me adhiero à él.

323 El tercero, quando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude, nî lesion, ni falte solemnidad legal: en cuyo caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como dexo expuesto en los numeros 313. y 317. el que compra los bienes del que fió, comete dolo, y debe restituirlos con frutos, y el fiador como acreedor segundo del deudor parece que mas los compra por defender, y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos. (3)

324 El quarto, quando se vendieron à un estraño con todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate, y se revocó: en cuyo caso dicen varios Autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero *Acev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 139.* afirma que revocada la sen-

ten-

(1) Sr. Covar. y Parlador. ubi proxime. Rodrig. ibi, n. 55. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 48.

(2) Ley Nam Imperator 38. ff. de Legib. ley 3. Cod. eod. tit. y cap. In causis 19. de Sentent. et re judicat.

(3) Ley Cum secundus 5. §. Si secundus: y ley Cum posterior 6. ff. de Distraction. pignor.

tencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste à restituirlo doblado: y sobre todo que se debe mirar, y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria: y que si los bienes vendidos son de menor de veinte y cinco años, y le conviene mas poseerlos, que tener su precio, y de lo contrario se le irroga grave daño, se le deben entregar, restituyendolo, aunque con buena fé los haya comprado un tercero. (1)

325 Y el quinto caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y en la subasta intervino lesion enorme, ò enormisima, ò en mas, ò menos de la mitad del justo precio; ò no se observaron en la execucion las solemnidades legales. En cuyo caso se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas, (2) El que apetezca mayor instruccion lea à *Carleval en la disp. 24. cit. per tot.* Lo explicado hasta aqui concierne à la venta de bienes raíces: por lo tocante à la de muebles vease la nota puesta à continuacion de la obligacion con hipoteca estendida en el cap. 4. de mi primera parte §. fin. num. 173.

§. VI.

DEL TERCERO OPOSITOR à la via executiva.

326 SUcede muchas veces que en el discurso de la via executiva sale un tercero oponiendose à ella, y pretendiendo impedir su progreso: y para instruccion del principiante tengo por util explicar, lo primero *quál se llama tercero opositor, y quántas clases hay de ellos.*

(1) Ley Si ex causa 10. ff. de Minorib. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. vers. *Item quæro.*

(2) Ley 1. Cod. Si venditor pignore agatur. Negusanc. de Pignorib. part. 6. membr. 1. n. 18.

ellos. Lo segundo, *en qué tiempo, y ante qué Juez se ha de hacer, y admitir la oposicion; y qué basta para que sea admitida.* Lo tercero, *si los autos se deben seguir, ò no en el estado que tienen al tiempo que la oposicion se hace.* Y lo quarto, *quando por ella se suspende, ò no la via executiva*: de cuyos particulares paso à tratar por su orden con la posible claridad.

327 Al primero digo., que es llamado *tercero opositor* el que se opone à la execucion, ya sea solicitando ser preferido al executante en la solucion de su credito; o alegando ser suyos los bienes executados, ò que tiene derecho en ellos: (1) y que los Autores distinguen tres clases de terceros opositores; una de los que salen coadyubando el derecho del executante; otra, de los que auxilian el del executado; y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, è intentan excluir no solo el del actor sino tambien el del reo. (2)

328 Al segundo digo, que el tercero ha de hacer la oposicion ante el Juez que entiende en la causa executiva, el qual la debe admitir, ya se haga en el progreso de ésta, ò despues de sentenciada, y la execucion se haya despachado en virtud de sentencia, ò de instrumento, con tal que no esté hecho el pago, ò dada al comprador la posesion de los bienes executados, y vendidos: (3) y tambien aun quando esté prescripto el derecho de executar, sino lo está el que prefine la ley para pedir en via ordinaria; (4) pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

329 Digo tambien que no solo puede hacer la oposicion à la execucion ante el Juez originario de la causa, sino ante el mixto executor, el qual si el tercero alega que

(1) Ley 3. tit. 27. Partid. 3. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 16. n. 22. y 43.

(2) Pedro Barbos. en la ley Si alienam 12. n. 16. vers. Pro vera igitur: y en la Titia 37. n. 7. ff. Solut. matrimon. Cancer. part. 2. Var. cap. 16. Sr. Covar. Pract. cap. 13. Carlev. tit. 3. disput. 12. num. fin.

(3) Sr. Valenzuel. consil. 9. y 150. Sr. Covar. Pract. cap. 16. n. 5. Cur. Philip. part. 2. §. 26. n. 2.

(4) Ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec.

que los bienes executados son suyos, y no del deudor, no solo puede conocer de la excepcion, sino difinirla, sin necesitar remitirla al Juez originario, ò requirente: y la razon es, porque por esta excepcion no impugna la sentencia, y solo la modifica. Pero si la que alega toca à la sentencia, ò causa principal, ò dice de nulidad de aquella, ò del instrumento, ò que debe ser preferido al executante, debe admitirla, è instruirla, y remitirla al Juez requirente para que la difina; mas no difinirla por sí, porque aunque no impugna directamente la sentencia, la impugna por medio indirecto, y la decision de esto toca al Juez que la profirió. (1)

330 Y asimismo digo, que para su admision basta la simple narrativa del derecho que le compete, y que no se debe mandar al opositor que dé informacion sumaria de él, ni compelerle à que traiga los testigos à la presencia del Juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare; antes bien se ha de recibir el pleito à prueba con termino ordinario por via ordinaria. (2) Lo qual se entiende, excepto que el Juez conozca que la oposicion es maliciosa, y tiene solamente su tendencia à diferir, ò impedir la execucion, pues en este caso no debe admitirla, sino antes bien proseguir la via executiva, dando el acreedor la correspondiente caucion, y seguridad. (3)

331 Al tercero digo, que quando el tercero opositor coadyuba el derecho del executante, ò executado, debe tomar, y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque sería eternizarlo; (4) pero si se opone por su propio derecho, no está obligado à ello sino quiere, antes bien se ha de principiar del mismo modo que si no se hubiera instaurado. (5)

Y

(1) Sr. Larrea decis. 82. n. 3. al 9. Carlev. tit. 3. disp. 17. num. penult. y ultim.

(2) Ley 41. tit. 4. lib. 3. Rec.

(3) Rodrig. de Execution. capit. 8. n. 3. Sr. Covar. dicho capit. 16. n. 2. Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 16. Parlador. part. 5. y §. 11. dichos num. 60.

(4) Ley 15. tit. 10. lib. 2. Rec.

(5) Gail. lib. 1. observat. 70. y 71. Sr. Covar. Pract. dicho cap. 13. Carlev. disp. 12. dicha, num. final.

332 Y al quarto, y ultimo, digo que la oposicion del tercero suspende el curso de la via executiva en dos casos; el primero, quando expone, y acredita legal, y sumariamente que los bienes executados son suyos; en cuyo caso se le han de entregar, y luego proceder contra los del executado, segun con legal apoyo dexo sentado en el num. 123. de este capitulo. Y el segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada execucion, y no en otros terminos; (1) por lo que no manifestandolo, debe usar de su accion en via ordinaria, y seguirse la executiva, haciendo pago al executante, dando precisamente ante todas cosas fianza de bolver, y restituir lo que en aquella se juzgáre, y sentenciáre. (2)

333 No milita lo expuesto en el segundo caso del numero inmediato, quando la muger se opone por su dote legitima, y numerada, porque como por ella la compete el privilegio de prelacion, no solo se ha de suspender el juicio executivo, sino tambien la entrega de los bienes al que executa à su marido por deuda, à que no está obligada, y darsela estos en prenda, hasta que su tercería se decida, baxo la obligacion, y fianza de retenerlos integros, è ilesos à disposicion del Juez que de ambas causas conoce; (3) lo qual se entiende en los terminos explicados en el §. 3. n. 128. de este capitulo, y no en otros, pues asi se practica en esta Corte.

334 Instituyendo el deudor por heredero à un acreedor suyo: si éste acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le executa como tal heredero otro acreedor de su instituyente, ¿se pregunta, si oponiendose à la execucion se suspenderá la via executiva? Para cuya resolucion se presuponen dos casos: el primero, si se opone como reo, excepcionando que los bie-

(1) Sr. Greg. Lop. en la ley 11. tit. 4. Partid. 3. glos. 1. Rodrig. dicho cap. 8. n. 12.

(2) Ley A Divo Pio, §. Si super rebus, ff. de Judic. ley 6. titul. 10. Partid. 3. verb. *Empero*: Cur. Philip. dicho §. 26. n. 11.

(3) Ley Ubi adhuc, Cod. de Jure dot. ley 11. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. Philip. n. 11. dicho Rodrig. cap. 8. cit. n. 10.

bienes son suyos, y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer à los acreedores anteriores, y entre ellos à sí propio como uno de ellos; en cuyo caso acreditando en los diez dias de la ley la satisfaccion con documentos legitimos, y manifestando tambien el inventario solemne (pues no basta ofrecer probarla por testigos, porque se presume falsedad, quando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto, y no molestado, porque no está obligado *ultra vires hæreditarias*; pero si en el termino referido no acredita la excepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la execucion en los bienes, como que son de la herencia. (1)

335 Y el segundo es, quando se opone no como reo, sino como actor, al modo que si viviendo el difunto le executase otro acreedor, se opondria como tercero: en cuyo caso se ha de nombrar defensor à los bienes, entenderse con él todas las diligencias executivas, y suspenderse la execucion; porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion de tal, y la de acreedor. por cuya razon no se confunden las acciones que por los dos respetos le competen, como se prueba de la ley *Scimus* 22. §. 9. *Cod. de Jure deliberandi*, que dice: *In computatione autem patrimonii damus ei* (habla del heredero) *licentiam excipere, et retinere quidquid infunus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necesarias causas hæreditatis approbaberit sese persolvisse. Si vero, et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæ confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prerrogativa inter creditores servanda*: y asi le es mas util oponerse como actor, que como reo, porque como reo, à mas de no hacer que cese la via executiva, será condenado, si no prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor no solo la suspende, sino que tiene termino mucho mayor pa-

(1) Ley Scimus 22. § Etsi præfactam 4. y §. Sin vero creditores 5. Cod. de Jure deliberand. Carlev. tit. 3. disp. 13. n. 3. al 6.

para justificar su accion, del mismo modo que si no fuera heredero. (1)

336 Estando executando al deudor un acreedor hipotecario, si antes de la sentencia, y su execucion ocurre otro tambien hipotecario en los bienes executados, ò personal privilegiado, acreditando ser preferido al executante, y pretendiendo se le haga pago primero que à éste; dicen algunos (2) que no se suspenderá la execucion, y venta de los bienes, y que antes bien se subastarán, y de su valor se ha de satisfacer al tercero su credito, como privilegiado; y si algo sobrare, entregarse al executante que obtuvo antes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de ésta, sino al del contrato, y obligacion, y el que es primero en tiempo, lo es en derecho; por cuya razon el acreedor anterior aunque el plazo de su credito no esté cumplido, puede oponerse à la execucion hecha por el posterior, y pedirlo, si para ello tiene causa legitima, v. g. ser sospechoso de fuga el deudor; carecer de bienes suficientes para reintegrar à entrambos, ò temer con sólido fundamento que todos se consuman con el executante.

337 Pero otros afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, excepto en tres casos; el primero, quando el deudor es idoneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer à entrambos acreedores; en cuyo caso justificandose la idoneidad, no se impide la execucion primera por la oposicion del tercero. El segundo, quando ésta es calumniosa, y hecha unicamente con el fin, y objeto malicioso de retardar la execucion; pues entonces no solo no la impide, sino que no se debe admitir, como he sentado en el numero 329. Y el tercero, quando el primer acreedor no pre-

(1) Marescot. lib. 1. Var. capit. 37. y lib. 2. cap. 121. n. 25. y 26. Surd. decis. 92. n. 7. y consil. 7. n 31. lib. 1. Carlev. disp. 13. dicha n. 7. y 8.

(2) Giurb. decis. 61. n. 2. 6. 7. y 18. Cost. de Reintegr. distinct. 95. n. 6. y 8. Marescot. lib. 2. Var. cap. 121. n. 3. Cur. Philip. part. 2. §. 26. n. 9.

pretende que se le pague, sino que se vendan los bienes embargados, para hacerle el pago de su credito de lo que produzcan, porque tiene mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dexar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser util à entrambos; (1) y à esta opinion me inclino. Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta, y pagado el primer executante, no se impedirá, antes bien tendrá que seguir via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, ò executiva contra éste, si algunos le quedaron. (2)

338 Si despues de cumplido el plazo de la Escritura de un acreedor, y estando executando al deudor ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo credito en la obligacion es anterior, pero en el plazo del pago posterior al del executante, y disputan ambos sobre qual de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligacion, no obstante ser el ultimo en el tiempo destinado para la solucion, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ò carezca de bienes suficientes para satisfacer à entrambos, ò vaya consumiendo su patrimonio; y la razon es, porque como tiene causa legitima para pedir su debito antes del plazo, y la obligacion es anterior à la del otro, se entiende haber espirado éste, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo. (3)

339 Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al executante, y executado, recibirse la causa à prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria, porque en este caso se consi-de-

(1) Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 5. al 9. y n. 13. al 17. y otros que cita.

(2) Ley A Divo Pio cit. §. Si post addictum pignus 6. Sr. Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Partid. 5. glos. 1. Carlev. ibi, n. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 24.

(3) Ley 1. ley Qui balneum 9. §. 1. ley Potior 11. §. Videamus 1. y ley Lucius Titius 18. ff. Qui potiores in pignore habeantur, y ley Quæsitum 14. ff. de Pignorib. Rodrig. Suar. en la ley Post rem judicatam, limit. 7. n. 4. Fagnan. de Pignorib. part. 4. n. 15. Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 6. al 8.

deran dos juicios, uno executivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelacion entre los acreedores, que no puede ser executivo à causa de no estár obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder executivamente entre sí; por lo que mientras se controvierte su preferencia, se ha de suspender la via executiva; y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y asi se podrá continuar, y decidir la causa, y executar la sentencia, dando primero el opositor (si se declarase su preferencia al executante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte num. 148. y estendí en el num. 186. y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, y menos dilatorio, y costoso, es, seguirla con todos, y graduarlos en una sentencia, y asi se debe hacer.

340 Se ha de executar baxo de una de las fianzas de Toledo, ò Madrid, sin embargo de apelacion, y nulidad, la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ò mas terceros, quando estos salieron auxiliando el derecho del executante, ò executado; y la razon es, porque la suspension de la via executiva en quanto à ellos, fue solo en el modo, y orden de proceder, mas no en lo tocante à la decision. (1) Pero no sucederá asi en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelacion se convirtió de executiva en ordinaria, por lo que no habrá lugar la execucion de la sentencia, hasta que se executorie, ò consienta. Y si el tercero, ò terceros no manifestaren su derecho en el termino ordinario que el Juez les prefina, y el executante fuere preferido, se bolverá luego à seguir la via executiva, y à sentenciar la causa de remate de los bienes executados. (2) Aun-

(1) Leyes 2. 3. y 19. tit. 21. libr. 4. y ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. Philip. dicho §. 26. numer. 13.

(2) Rodrig. cap. 8. cit. n. 12. Paz in Prax. part. 1. cap. 4. n. 7. Cur. Philip. ibi, n. 13. dicho.

341 Aunque la hipoteca, y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las clausulas mas eficaces, siempre es, y se entiende subsidiaria, y solo produce efecto en quanto à ellos, quando los libres del poseedor que la contrajo, no son suficientes para el integro pago del acreedor; y asi es indispensable la previa, y plenaria excusion en estos, especialmente si se ligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa, y estima en dicho caso como fiador de indemnidad; y éste, segun derecho, (1) solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de hecha excusion en sus bienes, como en el cap. 4. de mi primera parte, §. 7. n. 158. he sentado.

§. VII.

QUANDO DEBERA, O NO ser condenado en las costas del pleyto, y pagar decima de la execucion el executado.

342 COmo se deben al vencedor las costas, ò expensas hechas en los pleitos, unas por su victoria, otras por la temeridad de su adversario, (2) y otras por su contumacia, y retardacion del proceso; (3) se sigue de aqui, que en todos los executivos, y ordinarios debe ser condenado en ellas (regularmente hablando) el vencido, (4) no

(1) Ley Si Magistratus 1. y ley Adversus 4. Cod. de Magistratib. conveniend. Sr. Salg. Labir. part. 2. cap. 5. per tot.

(2) Ley Eum, quem temere, ff. de Judic.

(3) Ley Sancimus, Cod. de Judic. y ley Non ignorat, Cod. de Fructib. et expens. Rebuf. de Expens. artic. 1. 2. y 3.

(4) Dicha ley Eum, quem: ley Properandum §. Sin autem, Cod. de Judic. leyes 8. tit. 3. y 8. tit. 22. Partid. 3. ley 14. tit. 8. lib. 2. y leyes 7. tit. 17. y 1. tit. 22. lib. 4. Recop. Authent. Et generaliter, §. 1. Cod. de Episcop. et Cleric. cap. Finem litibus, de Dolo, et contumacia, y cap. Calumniam, de pœnis.

no solo por la sentencia difinitiva, sino tambien por la interlocutoria, sin esperar à que aquella se profiera; (1) y la razon es para reprimir, y castigar su calumnia, y malicia en haber litigado, sabiendo no tenia derecho para ello. (2) Estas expensas se entienden unicamente las hechas en el pleito, y no otras, porque el oficio del Juez no se amplía à los daños extrinsecos fuera de él; (3) y se entienden tambien pidiendolas el vencedor, pues aunque el Juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, (4) no está obligado precisamente à hacerlo, à menos que aquel lo pida; (5) y por esta razon, en las demandas, contestaciones, y otros pedimentos, se pone à su final la clausula: *pido justicia con costas*; y à veces suele pedirse, juntamente con la pretension principal, la condenacion en ellas.

343 Lo explicado en el numero inmediato se limíta quando el vencido tubo causa justa para litigar, v. g. incertidumbre del hecho; verdad ignorada; ser poseedor con buena fé, y titulo hereditario de la cosa litigiosa; estár ambiguo, y obscuro el punto; haber hecho el juramento de calumnia, y no sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ò quando probó su intencion con testigos, y sin embargo, fue condenado por haber sido repelidos por razon de sus personas; y en otros casos semejantes, que por ser de hecho no se puede dar regla fija, por lo que se dexan al arbitrio del Juez; (6) pues en ellos no se le condenará; pero en el de no tenerla, ha de ser condena-

(1) Glos in dict. cap. Finem litibus, et ibi Panormitanus, et DD. Jason in dict. leg. Properandum, y §. Sin autem. Sr. Covar. Pract. cap. 27. n. 1. y 2.

(2) Text. cit. y cap. Calumniam, de pænis.

(3) Ley Ut fundus, ff. Communi dividund. dicha ley Sancimus, y ley penult. Cod. de Fructib. y glos. fin. en la ley 1. et ibi Bart. ff. de Alienation. judic.

(4) Arg. leg. Ædiles, ff. de Ædilitio edict.

(5) Glos. verb. *Expensis*, et ibi DD. in cap. fin. de Rescript. Sr. Covar. ibi, n. 5. Acev. in Rubr. tit. 2. lib. 4. Recop. n. 25. Paz tom. y temp. 1. part. 4. n. 37.

(6) Ley 8. tit. 22. Partid. 3. cit. et ibi glos. 2. y 3. Parlador. part. 5. dicha, §. 18. n. 4. y 5.

nado en ellas, y tasarlas el mismo Juez, mandando primero al vencedor que jure quanto importan, y moderandolas, si atendida la qualidad del negocio, y el estado, y condicion de las personas, fueren excesivas: (1) bien que hoy se tasan con arreglo al arancel real.

344 Supuesto como legal lo referido, digo que en las causas executivas, (respecto carecer de causa justa para litigar el executado, ya se haya despachado la execucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, executoria, instrumento guarentigio, ò de otro documento de los que expresé en el num. 2. de este capit. que la traiga aparejada) sentenciandose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales, sino tambien en la decima parte, y no mas de la deuda, porque se despachó el mandamiento executivo; cuya decima debe satisfacer en la misma especie, y no en otra al Alguacil que lo executó, en el caso solo de haber costumbre de exigirla. (2) Esta costumbre se entiende del lugar en que estubieren los bienes executados, ò en el del domicilio del executado, y no del juicio; y asi aunque en éste la haya de llevarla, sino la hay en los otros no se debe cobrar; (3) y prescribe en el fuero secular por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes; y en el eclesiastico por quarenta, indistintamente entre éstos, y aquellos. (4) Bien entendido, que la decima del Alguacil es por todos sus derechos, pues llevandola, no debe per-

(1) Dicha ley Sancimus: ley 1. tit. 14. lib. 3. del Fuero Real, leyes 5. tit. 3. y 3. tit. 22. lib. 4. Recop. Authent. Post jusjurandum, Cod. de Judic. Authent. de Judiciis, §. Oportet, collat. 6 cap. ultim. de His quæ vi, metusvè causa, y cap. Olim, de injuriis.

(2) Leyes 7. tit. 21. y unica tit. 31. lib. 4. Recop. Parlador. libr. 2. cap. fin. part. 6. §. unic. n. 1. y 4.

(3) Ley 3. tit. 4. lib. 3. Recop. ley Nisi opinatores, Cod. de Exactorib. tributor. ley Forma censuali, ff. de Censib. y ley Rescriptum, §. fin. ff. de Munerib. et honorib. Rodrig. de Execution. cap. 7. n. 22. al 24. Parlador. dicho §. unic. numer. 8.

(4) Ley 5. tit. 2. Partid. 1. et ibi glos. 4. Rodrig. dicho cap. 7. n. 23. Parlador. dicho §. unic. n. 6. y 7.

percibir mas. (1)

345 Mientras el acreedor no esté pagado de su credito, ò se dé por contento de su importe, ò conceda espera al deudor, ò se convenga con él; ò no quiera continuar la execucion, siendo requerido à este efecto por el Alguacil que la hizo, no se debe pedir la decima; pero verificandose alguna de estas cinco cosas, la puede exigir; por lo que si los bienes del deudor vendidos no alcanzan à cubrir la deuda, se ha de cobrar del precio de lo que se pagáre, y no del residuo, hasta que se pague, ò concierte. (2) Y si el mandamiento executivo se dirige contra varios por diversas deudas, ò contra un deudor por distintas cantidades, se devenga, y puede llevar la decima respectiva, ò el salario integro de cada una, (3) porque se contemplan, y son muchas execuciones. Y se previene que es nulo, è in eficaz el concierto que el executor haga con el acreedor sobre la decima, ù otros derechos de execucion; (4) de que se deduce *à contrario sensu*, que haciendolo con el deudor, valdrá.

346 No debe pagar decima el executado en diez casos: el primero, quando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes à su acreedor, para que se reintegre de su credito, porque falta el orden del juicio para devengarla, y no es necesario. (5) El segundo, quando algunos de sus acreedores se oponen à la execucion incohada por otro, pretendiendo ser preferidos à éste, ò entre sí, pues entonces solo la debe de la cantidad porque fue realmente executado, aunque para el pago de todos se

(1) Ley 7. tit. 21. y ley unica tit. 31. lib. 4. Recop. Rodrig. capit. 7. cit. n. 12.

(2) Ley 31. tit. 4. y ley 10. titul. 6. lib. 3. y leyes 7. tit. 21. y unica, tit. 31. lib. 4. Recop. Cur. Philip. part. 2. §. 23. n. 9. Rodrig. cap. 7. dicho, n. 14. y 15.

(3) Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 16. cerca del fin, vers. *Sextus efectus*: Cur. Philip. ibi, num. fin.

(4) Ley 40. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. ibi, n. 10.

(5) Rodrig. cap. 7. cit. n. 26. Parlador. part. 6. y §. unic. cit. num. 9. Avendañ in cap. Prætor. part. 1. cap. 17. n. 16. Cur. ibi, n. 4.

se estimen los bienes por arbitros. (1) El tercero, quando forma concurso, ò hace cesion de todos sus bienes en manos del Juez, à fin de que con ellos satisfaga à sus acreedores segun su prelacion, pues en este caso, no solo falta el orden del juicio para devengarla, sino que à devengarse, mediante no tener bienes para todos, se verificaria no satisfacerla él, sino ellos, como si fueran los deudores. (2) El quarto, quando la execucion se dió por nula por no traerla aparejada el instrumento, ò faltar las solemnidades legalmente prescriptas para el orden de seguirla; pues entonces ningun derecho debe llevarse, y el que lo llevare debe restituirlo con el quatro tanto, y las costas; (3) pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas que lo que se le debia, ò no haberla pedido segun debia, debe pagarla, y no el deudor. (4) El quinto, quando se hace execucion por pena, ò condenacion pecuniaria debida al Fisco; pues ni decima, ni otro derecho alguno se debe llevar, (5) ni por consiguiente por la decima de ésta, porque es pena, y no se debe gravar con dos cargas una misma cosa, ni es licito percibir intereses de intereses. (6) El sexto, quando se executa à los Economos, Mayordomos, y Tesoreros de la Iglesia por lo que le deben; (7) lo qual se entiende, excepto que haya costumbre de exigirla. El septimo, quando el deudor paga à su acreedor dentro de las setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificó en persona el estado de la execucion, ò por su ausencia, y ocultacion en su casa; pues en

(1) Ley unic. Cod. de Imponend. lucrativa description. Parlador. ibi, n. 10. Rodrig. ibi, n. 26. dicho.

(2) Sr. Salg. Labir. creditor. part. cap. y §. 1.

(3) Ley 35. tit. 4. lib. 3. Rec.

(4) Leyes 8 al fin, y 9. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi, numer. 11.

(5) Ley 12. tit. 13. lib. 2. y ley 7. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi, n. 14.

(6) Ley Si laborante 2. ff. ad leg. Rhodiam de jactu, ley Nec usus 1. ff. de Usufruct. legat. y leyes Eos qui 26. §. 1. y Ut nullo modo 28. Cod. de Usur.

(7) Authent. Sed hodie 3. Cod. de Episcop. et Cleric. Parlad. ibi, num. 15.

en este caso debe pagar solamentes los derechos del mandamiento, y las dietas del camino yendo fuera ; ni quando muestra contenta de él dentro de las veinte y quatro. (1) El octavo, quando depositó la deuda, ò parte de ella dentro de las referidas veinte y quatro horas en persona segura ante el Juez, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, con tal que à su costa haga saber el deposito al acreedor dentro de tercero dia; pues no la deberá pagar, ni otro derecho de execucion ; (2) pero no basta la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni el que este compulso, y apremiado los tome apreciados, le exime de la decima ; lo que al contrario tomandolos expontaneamente, (3) porque lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas la demás. (4) El noveno, quando el Juez delegado, ò diputado por ciertos dias para hacer la execucion, llevó salario consignado ; (5) pues es injusto, è incivil, que por exercer un oficio se exijan dos premios. (6) Y el decimo, quando el executado es criado del Rey, ò goza del fuero de tal, pues estos por privilegio están esentos no solo de su solucion, sino de ser presos por deuda puramente civil, y no deben ser demandados sino ante el Juez de la Real Casa, como se practica en esta Corte.

347 Si se despacha execucion por deudas pertenecientes al Fisco, y el deudor no paga dentro del termino legal, no debe satisfacer decima, y sí unicamente un treinta por cada millar, ya llegue la deuda à cinco mil maravedis, ò exceda en mucha, ò poca suma de ellos, antes bien se debe llevar menos si hubiere costumbre. (7) Y siendo la deuda de hermandad se ha de exigir un quarenta por ca-

(1) Leyes 18. 21. y 22. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ley 23. tit. 21. lib. 4. Recop.

(3) Rodrig. ibi, n. 31. Parlador. ibi, n. 30.

(4) Ley Cum prætor, ff. de Judic. y ley Qui accusare, ff. de Accusation.

(5) Ley 11. tit. 21. lib. 4. Recop.

(6) Cap. Cum olim, et ibi DD. de Re judicat.

(7) Ley 10. tit. 6. lib. 3. ley 8. tit. 21. lib. 4. y ley 13. tit. 7. lib. 9. Recop.

cada millar, y no mas, ya llegue, ò exceda de los cinco mil maravedis. (1) Lo qual no milita para con las pertenecientes à las Republicas, y Señores; pues para el efecto referido son lo mismo que las personas privadas. (2)

348 Por una misma deuda no se debe mas que una decima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas executiones; ò el acreedor conceda espera al deudor; ò suspenda la execucion, y luego la continúe, ò buelva à hacer de nuevo, pena del quatro tanto; (3) lo qual se entiende quando el mismo deudor principal permanece obligado; pues si no lo queda, y da otro en su lugar, que recibe en sí la obligacion principal, entonces como que es nueva deuda, y obligacion, se deberá nueva decima; (4) y exigiendola el executor, no ha de llevar derechos por las diligencias que practique en la execucion, con titulo de costas, salarios, viages de camino en la venta, y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro executor, ò executores diversos de el que la percibió, hagan la segunda, ò mas executiones por la propia deuda, pues con la expresada decima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de gravar por parte de ellos.

349 Obligandose de mancomun por el todo in solidum, dos, ò mas deudores como principales, ò fiadores à la solucion de una cantidad; executando el acreedor à qualquiera de ellos; pagando el executado; y repitiendo despues con su lasto contra los otros, ¿se dificulta si se debe, ò no exigir mas que una decima? sobre lo qual hay discrimen de pareceres: unos fundados en que son muchas las obligaciones, y executiones, dicen que se debe: y otros (y son los mas) afirman que no, porque aunque lo sean, no

(1) Ley 13. tit. 12. lib. 8. Recopil.

(2) Parlador. dicho §. unic. y part. 6. n. 13.

(3) Dicha ley 10. tit. 6. lib. 3. ley 7. tit. 21. y ley unica §. 12. titul. 29. lib. 4. Recop.

(4) Ley Sed etsi, §. Non solum, ff. ad Macedonian, ley Si stichum, §. Si ab alio, ff. de Novation. ley Non est novum, ff. de contrahend. emption. y ley 15. titul. 14. Partid. 5. Aflict. decis. 353. Parlador. ibi, n. 27.

no es mas que una la deuda. *El Señor Olea de Cesion jur. tit. 5. quæst. 5. n. 52.* dice no es justo que los unos paguen las dilaciones, y malicias de los otros; y que el correo, ò confiador que pagó por otro, puede exigir de los demás la decima, y costas, en el caso solo de que todos hayan sido convenidos en un juicio *in solidum* por el principal, y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que una decima. Y el *Rodrig. de Execution. cap. 7. ex n. 16. al 20.* resuelve que no se debe llevar mas que una decima; bien que por el trabajo de la segunda execucion se pueden exigir algunos derechos; y que en dos casos se deberán dos decimas: el primero, quando el deudor del deudor está obligado à dar alguna cosa, y éste da en pago à su acreedor el debito de su deudor, y despues se sigue via executiva contra el deudor delegado; porque en este caso se contrae otro debito: y el segundo, quando el executado da al acreedor, persona en quien se transfiera su obligacion, pues haciendose nueva execucion contra ésta, se debe otra decima, porque no solo es nueva obligacion, sino nuevo debito segun derecho, como dejo sentado en el numero anterior. El Jurisperito discernirá sobre esta dificultad lo que estime mas oportuno, y conforme à justicia, respecto no tocarla las leyes.

350 Pidiendo execucion el acreedor por mas que lo que se le debe, ha de pagar decima del exceso con otro tanto. (1) Lo qual se entiende, aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de *admitir en cuenta legitimas, y justas pagas*, de que hice mencion en el num. 116. pues ésta no le eximirá de su satisfaccion, excepto que tenga justa ignorancia de lo líquido que se le está debiendo, v.g. si es heredero, y su causante no lo dejó sentado; ò si su factor, ò apoderado no le participó lo que habia cobrado à cuenta, &c. pues en estos casos, y otros semejantes queda libre de su solucion. (2)

351 Principiandose la execucion en un juzgado por un Mi-

(1) Ley 9. tit. 21. lib. 4. Rec. (2) Parlador. ibi, n. 33.

Ministro executor, y concluyendose por otro, ò haciendola en virtud de requisitoria de otro Juez, deben partir la decima los dos Ministros, y el Juez requirente, y requerido, no obstante tocar al requirente; lo qual se entiende, à menos que en los dos juzgados, ò en el de los dos Ministros haya costumbre contraria. (1) Previniendo, que en el caso de dudarse si la debe, ò no pagar el executado, no ha de conocer de ello el Juez à quien corresponde, ò se debe, sino su superior. (2) Y respecto à que sucede muchas veces que por hallarse gravado el deudor con deudas, y no tener bienes suficientes para satisfacerlas, se le pone preso, y por redimir la vejacion de la prision, y obtener su libertad, hace cesion de bienes en manos del Juez para que los reparta entre sus acreedres; y el Escribano querrá cerciorarse de el modo de substanciar este juicio, llamado por otro nombre *concurso de acreedores*, le remito à este efecto al capitulo siguiente, en donde hallará lo competente para su instruccion.

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER LAS diligencias de la via executiva, estando presente el deudor.

Pedimento pidiendo execucion.

352 F. Vecino de esta Villa ante Vm. como mas ha-, ya lugar, digo que N. me está debiendo tantos mil reales que para sus urgencias le presté sin premio, ni interés alguno, como lo juro en solemne forma de derecho los que se obligó à satisfacerme para tal dia, se-

(1) Parlador. ibi. n. 34. al 37. ibi Bart. Rodrig. dichos cap. 7.

(2) Glos. vers. *Provinciæ* in leg. de Jure, ff. ad Municipal. et n. fin. vers. *Postremo.*

segun se acredita de la Escritura de obligacion, que constituyó en tantos de tal mes del año proximo pasado ante F. Escribano de S. M. y original presento con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagarmelos, y mucho mas; que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas, y atentas diligencias no he podido conseguir su cobro, y hacerme suma falta: en esta atencion, para que tenga efecto, à Vm. suplíco se sirva haber por presentada la referida Escritura de obligacion, y por lo que de ella resulta, despachar execucion contra la persona, y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causen hasta su real, y efectivo reintegro, pues protesto admitir en cuenta legitimas, y justas pagas, y asi procede de justicia que pido, y para ello, &c. F.

Auto.

353 Por presentada la Escritura que se refiere; por lo que de ella resulta, se despache la execucion que se pide por la cantidad que se expresa, à cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento, el Sr. Don F. lo mandó, &c.

Mandamiento de execucion.

354 Alguaciles de esta Villa, qualquiera de vos haced execucion en la persona, y bienes de N. por tantos mil reales, que en virtud de Escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes, y año ante F. Escribano, y presentada ante mí, resultar estár debiendo à F. por quien, (*ò por cuya parte*, si pidiere por Procurador) se pidió, y juró: hacedla conforme à derecho por la referida cantidad, y por mas su decima (*si hubiere estilo de exigirla, y si no, se omitirá*,) y costas, y lo cumplid, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal Villa, à tantos, &c. Don F. por su mandado F.

Traba de execucion en bienes muebles.

355 En tal parte, à tantos de tal mes, y año: por ante mí el Escribano F. Alguacil de este Juzgado cumpliendo con lo ordenado por el mandamiento precedente requirió à F. en el contenido, satisfaciese los tantos mil reales, por que está despachado, ò manifestase bienes suyos propios en que trabar la execucion; y enterado, dixo no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes (*se individualizarán por menor*) cuyos bienes expresó ser suyos propios, y en ellos el referido Alguacil por cuenta, y riesgo del executante en voz, y nombre de los demás que parecieren pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la execucion por la cantidad, porque fue despachada, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causaren hasta su real, y efectivo pago; y protestó mejorarla en otros en qualquier estado del pleito, siempre que convenga, y lo pida el acreedor; y el prenotado Alguacil depositó los referidos bienes en P. vecino de esta Villa, el qual se constituyó depositario de ellos, y como tal se obligó à tenerlos en su poder, y à no entregarlos à persona alguna sin especial mandato del Señor Juez que de estos autos conoce, ù otro competente baxo la pena de pagarlos de los suyos, y de las demás en que incurren los depositarios, que no dán cuenta de los depositos que la Justicia pone à su cuidado, à todo lo qual se obligó en forma con su persona, y los suyos presentes, y futuros, se somete à la jurisdicion de dicho Señor Juez; lo recibe por sentencia difinitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida; renuncia las leyes, y fueros de su favor; otorga deposito en forma; y lo firma con el citado Alguacil, à quienes doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa; y lo pidió por testimonio para su resguardo, de todo lo qual doy fé.

No-

Nota primera.

Quando la obligacion es personal, ò hipotecaria general, acostumbran algunos de esta Corte trabar la execucion en una alhaja del deudor en voz, y nombre de los demás bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla, ò ampliarla. Yo no repruebo este modo de substanciar, con tal que hagan inmediatamente la mejora, ò continuacion de la traba, ò embargo, pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes à cubrir la deuda, decima, y costas, como la diligencia precedente lo demuestra; pero si hacen la traba en una alhaja, y à pretexto de ser hecha en voz, y nombre de los demás bienes, no aseguran el debito con la ampliacion, y proceden à continuar las restantes diligencias, no puedo aprobarlo, porque el deudor puede ocultar los demás bienes, y no cumplen con el precepto de la ley, ni del Juez, pues la traba es para asegurar el debito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan à cubrirlo, y la decima, y costas; pero por decontado debe asegurarse, y no dar lugar à ocultacion, ni por consiguiente à que el acreedor sea defraudado, lo que prevengo al Escribano para que no se exponga, y aconseje al Alguacil lo que debe hacer.

Requerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y prision por no afianzar.

356 Incontinenti el expresado Alguacil requirió al citado N. dé fianza de saneamiento de los bienes executados, pues en su defecto se le pondrá preso, y enterado respondió no tener persona que le fie, por lo que el citado Alguacil lo aseguró, y condujo fuera de immunidad eclesiastica à la carcel pública de esta Villa, y lo entregó à F. Alcaide, ò Portero de ella, el qual lo sentó por preso en el libro de lo civil à tal folio, y se obligó à tenerlo

detenido, y seguro, hasta que por el Señor Juez de estos autos otra cosa se mande; y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo con dicho Alguacil, doy fé.

Nota segunda.

Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay materia sobre que recaiga; y asi el requerimiento ha de ser para que los manifieste, y que por haber respondido que no los tenia, le puso preso el Alguacil. De lo que debe contener esta fianza, traté en el num. 139. de este cap. y en el 4. de mi primera parte §. fin. num. 181. la tengo estendida, por lo que la omito aqui. Y si despues de preso la da à satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el Juez expresandolo, y pretendiendo se le ponga en libertad, y el Juez mandarle soltar; y lo mismo debe hacer aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto à que puede recibirla el Escribano originario por su quenta, y riesgo, y de su oficio, contra quien repetirá, en caso de que no sea segura, como senté con legal apoyo en el citado cap. 4. num. 135. Lo qual será al contrario quando ofrece la fianza, pues entonces es preciso dar traslado al acreedor, para ver si se conforma, ò no con ella, y hasta que se conforme no ha de ser suelto, excepto que el Escribano quiera recibirla por su quenta; y el auto, y mandamiento se estienden en esta forma.

Auto para la soltura.

357 En atencion à haber otorgado esta parte la fianza de saneamiento ante el presente Escribano, sea suelto de la prision en que se halla, no estandolo por otra causa; à cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento. El señor Don F. &c. lo mandó à tantos de tal mes, y año.

Mandamiento de soltura.

358 Alcaide, ò Porteros de la Real Carcel de esta Villa po-

poned en libertad à F. que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de execucion despachado por mí tal dia à instancia de F. por tantos mil reales que le debe; y lo cumplid no estandolo por otra causa, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte tal dia, mes, y año. Don F. Por su mandado, F.

Nota tercera.

Este mandamiento se entrega al Alcaide, ò Porteros de la Carcel, para que le sirva de resguardo, è inmediatamente debe cumplir con lo que por él se le manda, y à continuacion del auto se pone nota de haberse expedido en el mismo dia el mandamiento.

Notificacion de estado.

359 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano siendo tal hora de su mañana, notifiqué el estado de esta execucion à N. en su persona, y le apercibí que si dentro de setenta y dos horas contadas desde la presente (que son tres dias naturales) no pagáre à F. los tantos mil reales porque fue despachada, satisfará à mas de ellos, y las costas la decima parte de lo que importa la deuda principal, y quedó enterado; y asimismo le apercibí si daba, ò no por dados los pregones de la ley, ò queria que se diesen à los bienes executados, y dixo que los daba por dados, y protestaba gozar de su termino; esto respondió, doy fé.

Pedimento del acreedor para citar de remate al deudor presente.

360 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que à mi instancia se despachó execucion tal dia contra N. por tantos mil reales que le presté, y me está debiendo, con cuyo mandamiento se hizo la traba, y notificó su estado en tal dia al deudor, el qual respondió que

que daba por dados los pregones de la ley, y protestaba gozar de su termino; y mediante ser pasado éste, y mucho mas, à Vm. suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona; y no pudiendo ser habido, à su muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandoles memoria por escrito para los efectos que convengan en justicia que pido, y para ello &c.

Auto.

361 Mediante ser pasado el termino de los pregones, se cite de remate à N. apercibiendole conforme à derecho, y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, se dexe memoria por escrito con expresion de los efectos de la citacion à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos, con la qual se declara por hecha, como si fuese en su persona, para que le pare el perjuicio que haya lugar. El Señor Don F. lo mandó &c.

Citacion de remate en persona.

362 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité à N. reo executado para el remate de los bienes executados en su persona, y le apercibí, que si dentro de tres dias primeros siguientes al de esta fecha, no compareciere à mostrar paga, quita, ò razon legitima que lo impida, se procederá sin mas citacion à la subasta, y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, decima, y costas, y quedó enterado, doy fé.

Nota quarta.

Aunque en algunos Oficios de esta Corte acostumbran citar de remate sin que el acreedor lo pida, ni el Juez lo mande, tengo por preciso que precedan el pedimento, y auto; lo primero, porque la citacion referida no es diligencia que esté comprehendida tacita, ni expresamente en el mandamiento executivo, como la traba,

ba, fianza, y notificacion de estado, que son consiguientes à él, y sin otra providencia se hacen: lo segundo, porque el Escribano carece de potestad para citar à nadie sin precepto judicial: y lo tercero, porque puede el deudor haber pagado al acreedor, ò compuestose con él, y à mas de que no debe el Escribano ser agente suyo, pues como que le urge el reintegro de su dinero, buen cuidado tendrá de solicitarlo, una vez que no ocurre al Juez para el seguimiento de la causa, no se debe gravar al executado con costas indebidas; por cuyas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida, y el Juez lo mande.

Pedimento del deudor oponiendose à la execucion.

363 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo, que à pedimento de F. se despachó contra mí mandamiento de execucion por tantos mil reales que dice le estoy debiendo, con cuyo mandamiento se me embargaron bienes, notificó el estado, y citó de remate; y mediante tener que alegar, y excepcionar contra la referida execucion, me opongo à ella: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberme por opuesto, mandar se me entreguen los autos, y encarguen à ambas partes los diez dias de la ley, pido justicia con costas, y para ello, &c.

Auto.

364 Hase por opuesta à esta parte à la execucion que refiere: à entrambas se encargan los diez dias de la ley, hagaseles notorio. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Nota quinta.

Este auto se notifica al executante, y executado, éste toma primero los autos, y hacen ambos sus probanzas dentro del termino, al modo que en el juicio ordinario, segun

gun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar, è instruir al Juez, debe entregarselos por breve termino, y si ninguno los pide, pretende el actor, que mediante ser pasados los diez dias, se sentencie la causa de remate; el Juez llama los autos citando à entrambos, (mediante haber habido oposicion) y pasados tres dias desde el de la ultima citacion, da su sentencia segun los meritos del proceso, como expuse en el num. 269. de cuyas diligencias, por ser muy obias, y faciles, omito la extension, y procedo à la de la sentencia.

Sentencia de remate.

365 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. &c. habiendo visto los autos executivos que sigue F. contra N. sobre la paga de tantos mil reales procedidos de, &c. dixo, que sin embargo de lo expuesto, y excepcionado por parte del nominado N. (*ò mediante no haber comparecido à oponerse, y mostrar paga, quita ò excepcion legitima*) debia mandar, y mandó ir por la execucion adelante, hacer trance, y remate de los bienes executados, y demás que parecieren ser, y pertenecer al prenotado N. y de su valor entero, y cumplido pago de la expresada cantidad, su decima, y costas causadas, y que se causaren hasta que efectivamente se verifique, al nominado F. à cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo, (*ò de Madrid segun sea la deuda*) y precedida tasacion de las costas que hasta aqui se le originaron, se expida el correspondiente mandamiento de pago: y por esta su sentencia asi lo proveyó, mandó, y firmó. Don F. ante mí. F.

Mandamiento de pago.

366 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos requerid, y siendo necesario apremiad conforme à derecho à N. vecino de ella, à que incontinenti dé, y satisfaga à F. tantos mil reales, por los que se le executó, tantos de costas pro-

procesales hasta aqui causadas, y asimismo la decima correspondiente à F. Alguacil, que hizo, y trabó la execucion, en todo lo qual por mi sentencia de remate está condenado; y no lo haciendo, y cumpliendo asi, le sacad, vended, y rematad sus bienes conforme à derecho, y de su valor haced el pago de todo, à cuyo efecto requerid, y siendo necesario apremiad à P. à que en fuerza del deposito que constituyó tal dia ante F. entregue los bienes embargados; y entregados que sean los vended, y rematad en el mayor postor, obrando conforme à derecho, y lo cumplid. Fecho en tal parte à tantos de tal mes, y año. Don F. Por su mandado F.

Auto absolviendo al executado.

367 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. habiendo visto los autos executivos seguidos por F. contra N. sobre paga de tantos mil reales, procedidos de un vale que hizo à su favor en tal dia, dixo, que sin embargo de lo expuesto, y alegado por el referido F. debia revocar, y revoca la execucion despachada contra el citado N. à quien absuelve, y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales: y en su consequencia manda se le desembarguen, y entreguen libremente sus bienes, para lo qual se expida el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al expresado acreedor en todas las costas procesales de este pleito, cuya tasacion en sí reserva, y en la decima para el Alguacil que trabó la execucion; y por esta sentencia asi lo declaró, mandó, y firmó, &c.

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion.

368 Licenciado Don F. &c. por el presente alzo, quito, y doy por ningunos los embargos, que à instancia de F. y en virtud de mandamiento executivo por mí expedido en tal dia, refrendado del presente Escribano, hizo

el Alguacil F. ante tal Escribano, en varios bienes de N. por tantos mil reales: y en su consequencia mando se requiera à P. depositario de ellos, se los entregue, y haciendolo, le doy por libre del deposito que constituyó, y se le dé para su resguardo el competente testimonio, pues por mi sentencia de este dia está absuelto el enunciado N. de la satisfaccion de los prenotados tantos mil reales, por que se despachó contra él la execucion, lo qual cumpla dicho depositario con apercibimiento. Fecho en tal parte, &c. Don F. Por su mandado, F.

Nota sexta.

Si la execucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres, ò arrendamientos, requiriendo à los inquilinos, y colonos los retubiesen en su poder à ley de deposito, se ha de decir en el mandamiento de desembargo: *que se les requiera, acudan, y contribuyan al deudor con los vencidos, y que se vencieren, dandoles por libres igualmente del deposito constituido, y embargo hecho*, y proseguirá como el anterior mandamiento; y en virtud de él se hace el requerimiento, à su continuacion se estienden las respectivas diligencias, y el executado firma el recibo de los bienes con el Alguacil, y Escribano.

Auto difinitivo declarando no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibiendo à prueba el pleito executivo.

369 No há lugar à sentenciar la causa de remate: recibese este pleito à prueba por via de justificacion con termino de nueve dias comunes à las partes: hagaseles notorio. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Requerimento al deudor con el mandamiento de pago.

370 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escri-

cribano requerí con el mandamiento de pago anterior à N. deudor, para que pague la cantidad de principal, decima, y costas, por que fue despachado, en su persona; y enterado, dixo no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la execucion, la que consiente desde luego se venda en pública subasta para hacer el pago: esto respondió, y lo firma con dicho Alguacil, doy fé.

Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa executada.

371 F. vecino de esta Villa, en los autos executivos contra N. sobre paga de tantos mil reales, su decima, y costas, digo, que en estos autos se dió sentencia de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiendole requerido con éste pagase la precitada suma, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la casa executada, la que consentia se vendiese en pública subasta; y mediante à que para venderla es preciso se valúe por personas inteligentes, nombro por mi parte à F. Maestro Alarife de esta Villa; en cuya atencion, à Vm. suplíco se sirva haberle por nombrado, y mandar que el deudor nombre por su parte otro, ò se conforme con el propuesto, y no haciendo uno, ù otro, nombrarlo de oficio en su rebeldía, para que los dos juntos valuen la prenotada casa, y hecha su valuacion, que se saque al pregon por los terminos del derecho, pues asi es justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto.

372 Para la tasacion de la casa que el pedimento refiere, se há por nombrado à F. Maestro Alarife: notifiquese à N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ò se conforme con el propuesto, con apercibimiento que se nombrará de oficio; y hecho que sea, precedida citacion de ambas partes, se tase la casa que se expresa ante qualquier Escribano de S. M. à quien se da comision,

y evaquada se saque al pregon por el termino de la ley, y se admitan las posturas, y mejoras que se hicieren conforme à derecho, y fixen cedulas en los parages públicos. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Notificacion al deudor.

373 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente à N. en el contenido en su persona, y enterado dixo, que se conforma con el nombramiento hecho por F. su acreedor, por evitar mayores gastos: esto respondió, y lo firma, de que doy fé.

Nota septima.

Si el deudor no se conforma, y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento; y si nada hace, le acusará la rebeldía el acreedor, y el Juez la habrá por acusada, y nombrará otro de oficio à costa de los bienes del deudor, para que junto con el electo por el acreedor, hagan la tasacion, y se proceda à la venta, y subasta decretada.

Notificacion, y aceptacion de los peritos.

374 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente (ò los autos de tal, y tal dia) à F. y F. (ò uno solo si no hubiere mas) Maestros de Obras en esta Villa, en sus personas, y enterados, dixeron que aceptan el nombramiento que les está hecho, y se obligan à evaquar bien, y fielmente segun su saber, y entender, sin agraviar à las partes, la tasacion para que están nombrados: esto respondieron, y lo firman, doy fé.

Citacion à las partes para hacer la tasacion.

375 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité, con el auto, ò autos de tal dia para efecto de hacer la tasacion que en ellos se manda, à F. y à N. en

en lé contenidos en sus personas, doy fé.

Tasacion de la casa.

376 En tal parte à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano, en consequencia de la comision que me está conferida por el auto de tal dia, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros Alarifes en esta Villa, quienes lo hicieron conforme à derecho, y baxo de él dixeron haber visto, medido, y reconocido una casa, que está en tal parte, y tiene tales linderos, &c. (*aqui se expresará lo que digan en su declaracion los Maestros, y luego concluirá*) cuya tasacion declararon haber hecho bien, y fielmente segun su inteligencia, sin hacer agravio à las partes, baxo del juramento fecho, en que se afirmaron, ratificaron, y lo firmaron, y expresaron ser F. de tantos años, y F. de tantos de edad poco mas, ò menos, de que yo el Escribano doy fé.

Nota octava.

Algunas veces discordan los perítos, y cada uno hace su declaracion separada; en cuyo caso las partes pueden pedir al Juez nombre tercero en discordia, con el que se practícan las propias diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos evaqua la suya, y luego se dán los pregones de la ley por treinta dias utiles, ò mas, segun parece al Juez, y fijan edictos, ò cedulas en la forma siguiente.

Pregones para la venta.

377 En tal parte, tal dia, mes, y año: F. Pregonero de esta Villa estando à las puertas del Oficio de mí el Escribano, (ò de la Audiencia del Juzgado de ella) dió un pregon en altas, è inteligibles voces, diciendo: quien quisiere comprar una casa sita en tal calle, y propia de N. que se vende de orden de la Justicia, para hacer pago

à

à sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al Oficio de F. Escribano del Numero de esta Villa, que se le admitirán las posturas, y mejoras que hiciere, y no hubo postor, doy fé, F.

Otro pregon.

378 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, por ante mí el Escribano el citado F. Pregonero, estando en tal parte, dió otro pregon como el anterior, y no hubo postor, doy fé, F.

Nota nona.

Todos los pregones que se dén, se han de ir estendiendo por dias con arreglo à los antecedentes, hasta que haya postor à la cosa que se subasta, el qual debe hacer la postura por pedimento, y no admitirsele, faltando las circunstancias explicadas en el num. 297. Las cedulas han de contener lo mismo que los pregones, ponerse à su continuacion la fé de su fijacion, y estenderse en esta forma.

Cedula.

379 Quien quisiere hacer postura en una casa sita en tal calle propia de N. que está tasada en tantos mil reales, y se vende judicialmente para pagar à sus acreedores, acuda al Oficio de F. Escribano del Numero de esta Villa, que se le admitirán las posturas que hiciere.

Fé de fijacion.

380 Doy fé que en este dia fijé tantas cedulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal, y otra en tal, &c. y para que conste, lo pongo por diligencia, que firmo en esta Villa de tal à tantos de tal mes, y año, F.

Pedimento haciendo postura.

381 Antonio vecino de esta Villa ante Vm. como mas ha-

haya lugar, digo ha llegado à mi noticia que por el Oficio del presente Escribano, y en virtud de providencias de Vm. se está pregonando una casa propia de N. sita en tal calle, en la qual hago postura, y doy por ella tantos mil reales con las siguientes condiciones: que dentro de tantos dias se ha de rematar en mí la precitada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre, y pasado este respectivo termino, queda à mi arbitrio el cumplimiento de esta postura, y de ningun modo obligado à ella. Que he de poder cederlo à qualquiera persona no prohibida, y à su favor, ò al mio si no lo cediere, se ha de otorgar venta judicial, y entregarseme su copia original con todos los titulos de pertenencia de la citada casa, sin que falte el mas leve; y aunque la Escritura se celebre à mi favor, he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes à su otorgamiento à qué persona pertenece dicha casa, y con qué orden, y caudal hice la postura, sin que por la cesion, ni declaracion se cause acabala. Que de los tantos mil reales en que hago esta postura, se han de deducir todas las cargas real, perpetuas, y al quitar à que esté afecta, è hipotecada la nominada casa: los reditos que de sus capitales se estén debiendo: y la alcabala que por esta venta se deba, con mas todos los derechos de autos, y diligencias, pregones, remate, y su aprobacion, los de la Escritura de venta, y su copia, papel sellado, y blanco, como tambien lo que cueste sacar los titulos que falten, y demás, sin que yo esté obligado, ni pueda ser compelido à depositar, ni entregar mas que el líquido precio, y residuo que quede, hechas previamente todas las deduciones expresadas, ni los acreedores del citado N. tengan el menor regreso, ni repeticion contra la prenotada casa, ni contra mí, ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate no alcance ni con mucho à reintegrarles de sus creditos, ò queden enteramente sin su importe. Con cuyas condiciones, y no en otros terminos hago la referida postura, y me obligo à cumplirla: y en esta atencion, à Vm. suplico se sirva admitirla, y à su tiempo celebrar el remate de la mencio-

na-

nada casa, pues asi es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

382 Admitese esta postura quanto há lugar en derecho; hagase notoria al deudor, è interesados, y continuense los pregones por quince dias mas: el Sr. Don F. lo mandó.

Nota decima.

Este auto se debe hacer notorio al deudor, y acreedores; y si el postor no es abonado, debe decirse en él: *que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma à cumplirla, se le admite, &c.* Los pregones se han de continuar, diciendo: *Quien quisiere hacer puja, ò mejora en una casa sita en tal calle propia de N. que está mandada vender por la Justicia, para hacer pago à sus acreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y dán por ella tantos mil, acuda, &c.* y lo mismo han de contener las cedulas que nuevamente se fijen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán, y en los pregones se expresarán las pujas, y cumplido el termino de ellos, pedirá el ultimo postor, ò pujante se señale dia para el remate, cuyo pedimento hará à la similitud del siguiente.

Pedimento pretendiendo se señale dia para el remate.

383 Antonio vecino de esta Villa ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal dia hice postura con varias calidades, y condiciones à una casa propia de N. que se ha estado subastando para hacer pago à sus acreedores, cuya postura me fue admitida, y una de las condiciones fue, que dentro de tantos dias se habia de rematar; y mediante haberse estado pregonando en ellos, y en muchos mas, y no haber habido quien hiciese mejora; por tanto, à Vm. suplíco se sirva señalar el dia, y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues verificandose en mí, estoy pronto à cumplir con lo que en mi

mi postura tengo ofrecido: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

384 Se señala para el remate de la casa que refiere el pedimento el dia tantos de este mes à tal hora en la Audiencia del Juzgado de esta Villa, al que está pronto à asistir su merced: hagase notorio à los interesados, y en el interin se continuen los pregones, y buelvan à fijar cedulas con expresion de este señalamiento, y se admitan las pujas, y mejoras que se hagan: el Sr. Don F. lo mandó, &c.

Nota undecima.

Este auto se notifica al deudor, acreedores, y postor, ò postores que haya; se fijan inmediatamente las cedulas con expresion de la alhaja, su valor, precio que dán por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue à noticia de todos, y se pone la fé de fijacion como en las anteriores; bien que si el Juez no manda que se fijen, se omitirán. Si en el acto del remate hubiere pujas, se admitirán, sin que los pujantes necesiten dar pedimento, pues basta hacerlas verbalmente, y el remate se estiende en esta forma:

Remate de la alhaja raíz perteneciente al deudor.

385 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, siendo tal hora, y estando en la Audiencia de su Juzgado el Sr. Don F. su Corregidor, compareció F. Pregonero público de ella, y en altas, è inteligibles voces dió un pregon diciendo: *Quien quisiere hacer puja, y mejora en una casa sita en tal calle propia de N. que se vende judicialmente, para hacer pago à sus acreedores, dán por ella tantos mil reales con diferentes calidades, y condiciones, y se ha de rematar ahora en el mayor postor, venga à esta Audiencia, que se le admitirán las que haga*; y asi prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo:

vengan à este remate, que se vá à encender la primera candela de cera, la que con efecto fijó el citado Pregonero en la puerta de la Audiencia, y continuó los pregones, diciendo: *vengan à este remate, que está puesta la primera candela*; à cuyo tiempo compareció Juan de tal, vecino de esta Villa, de tal exercicio, que vive en la calle de tal, y dixo que hacia mejora de tantos reales, dexando puesta la casa en tantos mil, con las calidades, y condiciones de la primera postura, y le admitió dicho Señor Juez esta puja, y el Pregonero continuó los pregones, refiriendola, y que estaba puesta la segunda candela (*si hubiere mas mejoras se relacionarán como la anterior, y sobre cada una darán los respectivos pregones, hasta que se apague la tercera candela, ò mas segun el Juez mande, y haya pujas, y luego proseguirá el Pregonero*) que apercibo el remate à la una, à las dos, à la tercera; y respecto no haber quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció Juan, buen provecho, y buena pró le haga: con lo qual quedó rematada en el expresado Juan en los tantos mil reales en que la puso; y estando presente, dixo que acepta este remate, y se obliga à cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por Antonio primer postor, y à depositar en dinero efectivo luego que se le mande, la cantidad líquida que deba, à todo lo qual se obliga con su persona, y bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros, dá amplio poder al Señor Juez que es, ò fuere de esta Villa, para que à cumplirlo le compela como por sentencia difinitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes, y fueros de su favor, y asi lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa, y otras muchas personas que se hallaron presentes à este remate, y tambien lo firma el expresado Señor Corregidor, de todo lo qual doy fé.

No-

Nota duodecima.

Este remate se hace notorio à todos los interesados, y pasados tres dias despues de la ultima notificacion, si nada dicen, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, haga liquidacion de cargas, y se le despache la venta. Si en el Pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales, y no con candelas, se observará, pues éstas no son precisas para su validacion, y solo por estilarse en esta Corte estendí el anterior con ellas. Y si el Juez no pudiere asistir, se expresará en el auto de señalamiento, dando comision al Escribano originario, para que lo celebre, y admita las pujas que se hagan, pues por faltar su presencia, no lo anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse para hacerlo, y aprobarlo si es lego, se anulará, si está hecho con la pureza, y solemnidades legales.

Pedimento para la aprobacion del remate.

386 Juan de tal vecino de esta Villa ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal dia se remató en mí como mayor postor una casa propia de N. sita en tal calle en tanta cantidad con diferentes calidades, una de las quales fue, que celebrado el remate se habia de aprobar: y respecto haberse hecho saber éste à todos los interesados, y no haberse opuesto, ni dicho cosa alguna contra él, sin embargo de ser pasado el termino en que debieron hacerlo, les acuso la rebeldía; por lo que à Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consequencia aprobar el citado remate, y mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí la mencionada casa, para lo que se notifique al deudor presente sus titulos en su Oficio, à lo que se le apremie; y aprobada que sea, se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto à depositar lo líquido en la parte, ò persona que Vm. señale: pido justicia, y para ello &c.

Auto de aprobacion del remate.

387 Hase por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho à favor de esta parte de la casa que refiere. El presente Escribano haga liquidacion de sus cargas, y evaquada se traiga; y à efecto de executarla como corresponde, se notifique à N. presente en su Oficio los titulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo, se le apremie à su entrega. El Señor Don F. lo mandó &c.

Nota decimatercia.

Este auto se hace saber à todos los interesados, para que les conste la aprobacion del remate; y al deudor, ò persona que le represente, que presente los titulos de pertenencia, à fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subastada, de las que, de los autos seguidos, y de la succesion que resulte de los mismos titulos, se puede, y convendrá hacer relacion por presupuestos para su mayor claridad en la forma siguiente.

Liquidacion de las cargas que contra sí tiene la finca vendida.

388 Cumpliendo con lo mandado en auto de tal dia, proveído por el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, yo F. Escribano de su Numero, con vista de estos, y de los titulos de propiedad, y pertenencia de una casa propia de N. sita en tal calle, procedo à formar liquidacion, y deduccion de sus cargas, y demás que se deben hacer del precio en que se remató; y para su mayor claridad presupongo:

Lo primero, que la referida casa perteneció en lo antiguo siendo sitio erial, à P. quien la edificó, y por su muerte, que acaeció en tal dia baxo del testamento que en tal habia otorgado ante tal Escribano, en el que instituyó por su unico heredero à D. su hijo, recayó en és-

éste, el qual la vendió à M. por Escritura otorgada en tal dia, mes, y año ante F. Escribano, en precio de tantos mil reales, *aqui proseguirá la relacion de los titulos hasta el executado.*

Lo segundo, que el citado N. impuso sobre la mencionada casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal à favor de P. por Escritura de tantos de tal mes, y año, de cuyos reditos à tres por ciento se le están debiendo hasta este dia, segun el ultimo recibo, tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente Escritura censual à favor de tal Capellanía, en tal dia, mes, y año ante tal Escribano, y de sus reditos hasta este mismo dia se le deben tantos reales.

Y ultimamente presupongo, que con motivo de estár debiendo el expresado N. tantos mil reales à F. en virtud de Escritura de obligacion que en tal dia otorgó à su favor, pidió execucion contra él en tal dia por ellos, la que se despachó, y seguida por sus tramites regulares, se sentenció la causa de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiendosele requerido, y respondido que ni tenia dinero, ni otros bienes que la citada casa, la que consentia se vendiese para hacerlo al acreedor: en vista de esto, y precedida tasacion en tantos mil reales, por perítos que éste, y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el termino de la ley, y pasado, se señaló el dia tantos para su remate, el que se celebró con la solemnidad, y pureza legal en tantos mil reales à favor de Juan de tal, vecino de esta Villa, con varias calidades, entre las quales la una fue: que se habian de baxar las cargas perpetuas, y al quitar, à que estubiese afecta, y los reditos que de ellas estubiese debiendo, como tambien la alcabala que por su venta se causase, y todos los derechos judiciales, sin estár obligado à entregar, ni depositar mas que lo líquido que quedase, despues de hechas todas las referidas deducciones: y posteriormente por no haber expuesto cosa alguna contra él los acreedores, ni deudor, sin embargo de haberseles comunicado, se apro-

aprobó en tal dia por el mencionado Señor Corregidor, y mandó hacer liquidacion de ellas, la que con estos presupuestos executó en la forma siguiente.

Valor de la casa subastada.

La enunciada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales de vellon, como queda expuesto, de los quales se hacen las siguientes deducciones..... ∂ooo....

Baxas de este precio.

Se baxan del precio de dicha casa tantos mil reales, capital de un censo al quitar, que el nominado N. impuso sobre ella, como queda expuesto en el segundo presupuesto..... ∂ooo....

Id. tantos mil reales, importe de los reditos del expresado censo, vencidos desde tal dia hasta el presente..... ∂ooo....

Id. tantos mil reales capital del otro censo referido en dicho presupuesto..... ∂ooo....

Id. tantos por los reditos del expresado censo, corridos desde tal dia hasta hoy..... ∂ooo....

Id. tantos reales à que ascienden los derechos de la alcabala, que por esta venta se causa, baxados los capitales de ambos censos. ∂ooo....

Total de cargas..... oo∂ooo....
Precio de la casa..... oo∂ooo ...
Quedan líquidos..... oo∂ooo ...

Importan à una suma las partidas anteriores tantos mil reales de vellon, que deducidos de los tantos mil en que se remató la prenotada casa, quedan líquidos tantos mil, los que deberá depositar el comprador, para hacer pago al executante, y demás interesados: en cuya conformidad concluyo esta liquidacion, que segun mi inteligencia formé

mé sin causar agravio alguno à los interesados, por lo que la firmo en esta Villa de tal à tantos &c.

Auto.

389 De la liquidacion precedente se comunica traslado à los interesados, para que dentro de tercero dia expongan lo que les convenga: El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó à tantos &c.

Nota decimaquarta.

Notificado este auto al comprador, y demás interesados en la finca vendida, si en el acto de la notificacion respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda à su aprobacion, se les debe admitir la respuesta, que firmarán si saben, y si no, que la consientan por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por pedimento se conformarán, ù opondrán los reparos que les ocurran; pero si no los tomaren, ni se conformaren, les acusará la rebeldía el comprador, pasados los tres dias contados desde la ultima notificacion, y pretenderá se apruebe, y nombre la persona en quien ha de depositar lo líquido del precio de la finca, y que interin se le despacha la venta de ella, se le dé su posesion, expidiendo à este efecto el correspondiente mandamiento, à cuyo pedimento debe decir el Juez: *Por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*; y pasados otros tres dias despues de la ultima citacion con este auto, proveerá el siguiente.

Auto por el que se aprueba la liquidacion, y manda dar posesion de la finca al comprador.

390 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto estos autos, y la liquidacion de cargas de la casa que en ellos se enuncia, executada por el presente Escribano, dixo, que mediante

no haber expuesto cosa alguna contra ella los interesados, la debia aprobar, y aprueba en todo, y por todo, y los condena à que estén, y pasen por su contexto: y manda que Juan de tal, en quien se remató la mencionada casa, deposite en poder de Francisco los tantos mil reales que resulta debe desembolsar, para completar el precio de su remate, con cuyo deposito declara haber cumplido con su total pagamento, y le dá por libre de su responsabilidad; y hecho, interin se formaliza la Escritura de venta competente, se le aposesione de la nominada casa, à cuyo fin se expida el mandamiento congruente; y por éste su auto asi lo proveyó, mandó, y firmó.

Nota decimaquinta.

Este auto tiene fuerza de difinitivo sobre el punto que incluye, y asi es apelable; por lo que antes de proceder à hacer el deposito, conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada en los terminos explicados en el cap. primero de este libro num. 566; lo qual no será necesario, si se conforman con la liquidacion, porque entonces recae la aprobacion sobre su conformidad, y en el mismo auto se debe expresar. Omito estender el deposito, por tenerlo estendido en el cap. 4. §. fin. num. 177. y tambien la posesion, por estarlo en el cap. 7. §. fin. num. 129. de mi primera parte à donde remito al principiante, y procedo à la extension del mandamiento para darla; previniendo que este deposito se estiende en los mismos autos sin necesidad de hacer protocolo de él, y debe insertarse en la Escritura de venta, para que en ella conste el pago.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida.

391 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos dad à Juan de tal vecino de ella, o à quien su poder hubiere, la posesion Real, actual, corporal, vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, que para hacer pago à sus acreedores, se vendió en virtud de providencias

cias mias en pública subasta, y remató en el enunciado Juan, al qual à consequencia de haber depositado su líquido valor deducidas cargas, corresponde su goce, y aprovechamiento desde tal dia en que hizo el deposito: y le amparad, y defended en ella sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision, y de cinquenta mil maravedis para la Camara de S. M. à quien se la perturbe: y asimismo requerid à los inquilinos declaren lo que pagan por sus viviendas, exhibiendo cada uno su ultimo recibo, y que con lo que desde el citado dia tantos han devengado, y devengaren en ellas, acudan al prenotado Juan, ò à quien le represente, y no à otra persona alguna pena de bolverlo à pagar: y lo cumplid. Fecho en tal parte à tantos, Don F. por su mandado F.

Nota decimasexta.

Con este mandamiento pasan el Alguacil, y Escribano acompañados del comprador à darle la posesion, y requerir à los inquilinos como en él se ordena, poniendo à su continuacion todas las diligencias, y entregandoselas originales, para que le sirvan de titulo de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen; y si los inquilinos piden testimonio de su respectivo requerimiento, se lo debe dar el Escribano con la competente relacion, que por ser cosa muy facil, y evitar proligidad, omito su extension. Muchas veces antes, ò despues de tomar la posesion el comprador, suele ceder el remate à favor de otro con arreglo à lo estipulado en su postura, y otras veces despues de estár despachada à su favor la venta judicial, declarar que hizo la compra con dinero ageno, expresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si asi se pactó; y la cesion del remate, y declaracion se estiende de esta suerte.

Cesion del remate de la casa comprada.

392 En tal parte à tantos de tal mes, y año ante mí el

el Escribano, y testigos Juan de tal vecino de ella dixo, que con motivo de estarse subastando judicialmente por mi Oficio una casa sita en tal calle propia de N. para hacer pago à sus acreedores, hizo postura en ella en tantos mil reales con varias calidades, y condiciones, entre las quales la una fue, que habia de poder ceder el remate à la persona que quisiese, y en cabeza de ésta despacharse la venta judicial; cuya postura le fue admitida; y señalado dia para él, se celebró en el otorgante, como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales, los que efectivamente depositó, y en su consequencia se le dió la posesion de la citada casa, segun mas difusamente resulta de los autos obrados, à que se remite; y mediante haber hecho la postura, y practicado todo lo demás por encargo, y con dinero de P. desde luego para que siempre conste: otorga, confiesa, y declara que la postura que hizo en tantos mil reales à la casa referida, y el deposito de tantos mil líquidos, y todo lo demás que en estos autos ha executado, fue con orden expresa, y caudal propio de P. y que por consiguiente ningun derecho le corresponde à ella; y si por haber prestado su nombre, y practicado todo lo demás expresado, adquirió alguno, desde ahora para siempre se desapodera, desiste, quita, y aparta de él, y lo cede, renuncia, y traspasa integramente en el nominado P. quiere que la posesion que se le ha dado, se estime haberla tomado en su nombre, y como su mandatario; y suplica al Señor Juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion, y con insercion de ella se sirva otorgar, y despachar en cabeza, y à favor del prenotado P. y de sus herederos, y succesores la correspondiente venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio le pertenece en posesion, y propiedad. Y se obliga à haber por firme, y no revocar, ni reclamar con pretesto alguno esta declaracion, y cesion, y si lo hiciere, à mas de no ser oído judicial, ni extrajudicialmente, consiente se le repela de juicio, y condene en costas, como à quien pretende lo que no le toca, y

sea

sea visto por lo mismo haberla hecho, y ratificado con mayores vinculos, y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato. Y al cumplimiento de éste obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones, &c. *aqui las generales.*

Nota decimaseptima.

Con copia de esta Escritura ha de acudir el cesonario al Juez, presentandola, y por pedimento pretendiendo que en consequencia de lo que de ella resulta, despache à su favor la venta, y le mande entregar todos los titulos de pertenencia de la finca comprada, à lo que debe deferir: previniendo que en la venta no solo se deben relacionar por mayor los autos seguidos, sino tambien sacar copia testimoniada de ellos, y unirla à su protocolo, para documentarla, pues los originales no conviene se protocolicen, porque puede suceder que con el tiempo venga algun acreedor à pedirlos, y si están protocolados no se le podrán entregar. Despues de otorgada la venta, ò antes, pueden ocurrir el executante, y demás interesados à pedir libramiento para el cobro de sus respectivos creditos, el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se estiende en la forma que el siguiente. La venta es lo mismo que otra qualquiera en sus clausulas, y firmezas, à excepcion de su introducion, y conclusion, que por tenerlas puestas en el cap. 7. num. 122. §. fin. de mi primera parte, y evitar repeticion, omito estenderlas aqui.

Libramiento para hacer pago à un acreedor.

393 Don F. Corregidor de esta Villa de tal, &c. Francisco de tal, en cuyo poder se halla depositado el precio líquido de una casa propia de N. sita en tal calle, que se vendió en virtud de providencias mias, para hacer pago à sus acreedores: luego que con este libramiento sea requerido, dará, y pagará à F. tantos reales, que por tal

Escritura, (ò lo que sea) parece se le están debiendo, con el qual, y con recibo, ò carta de pago de su importe serán bien satisfechos, y se le abonarán en cuenta del deposito que constituyó tal dia ante el presente Escribano, y hasta en la referida cantidad se le declara por libre de su responsabilidad; y lo cumpla, pues por auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en esta dicha Villa à tantos, &c. Don F. por su mandado, F.

Nota decimaoctava.

Con arreglo à este libramiento se pueden estender todos los que ocurran, mudando la cantidad, y persona solamente, y se entregan originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. Previniendo que el libramiento que se despache en concurso, ù ocurrencia de acreedores, ha de contener la circunstancia que el que para modelo estenderé en el cap. 3. num. 179. de este libro.

Pedimento para que se adjudiquen in solutum al acreedor los bienes executados.

394 F. vecino de esta Villa en los autos executivos instaurados contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de tal cosa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que por la referida cantidad, su decima, y costas se despachó mandamiento de execucion que se trabó en una casa suya sita en tal calle; y seguida la causa por los tramites regulares, se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago; posterior à lo qual por no haberla satisfecho, se mandó tasar, y vender la mencionada casa, la que se ha estado pregonando por el termino legal, y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura en ella. Y mediante que la tasacion de la nominada casa es de tantos mil reales, y mi credito, inclusas las costas que se me causaron, asciende à tantos, desde luego me allano à recibir en parte de pago de su total la expresada casa por la cantidad que de-

deducidas cargas perpetuas, y al quitar con sus réditos, y los demás gastos judiciales que se hayan hecho, y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho, à fin de que pueda repetir por el residuo contra qualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N. hasta el total reintegro de mi credito: en cuya atencion, à Vm suplíco se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga la enunciada casa, y por lo líquido que resultase, adjudicarmela en parte de pago de mi credito, despachando à mi favor la Escritura de adjudicacion correspondiente, con entrega de su copia, y titulos integros de pertenencia, y reservandome mi derecho para usar de él por el resto cumplimiento à mi credito contra el nominado N. y sus bienes, pido justicia, y para ello &c.

Nota decimanona.

Este pedimento se da asi quando la finca raiz executada tiene cargas, pues no teniendolas es superfluo pedir se haga liquidacion. Y en el caso de que las tenga, se manda que el Escribano originario la execute, y evaquada se comunique al deudor, y acreedor, ò acreedores, y despues de aprobada como la anterior, se provee el siguiente.

Auto de adjudicacion in solutum de albaja raiz.

395 En tal Villa à tantos, &c. el Señor Don F. Corregidor de ella, en vista de lo pretendido por F. dixo, que mediante haberse pregonado por los terminos del derecho, y mucho mas la casa propia de N. sita en tal calle, sin que nadie compareciese à hacer postura en ella, y por esta razon allanarse el citado F. à recibirla por lo líquido que quede de su valor, baxadas cargas, se la adjudicaba, y adjudicó en posesion, y propiedad por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente Escribano, resulta quedar del valor que en la tasacion

cion se le dió; cuya adjudicacion le hace en parte de pago de tantos mil reales que importa la deuda, por que se expidió contra el enunciado N. la execucion, su decima, y costas, y manda se despache à su favor la correspondiente Escritura de adjudicacion con los insertos necesarios, y que se le dé la posesion de ella, y se le entreguen los titulos de su pertenencia, requiriendo à sus inquilinos le acudan con sus alquileres vencidos hasta tal dia, (*que será el de la fecha de la liquidacion*) y que se vencieren en lo succesivo como à dueño, y poseedor legitimo, y verdadero: pues para la validacion de todo interpone su merced su autoridad, y decreto judicial quanto puede, y há lugar en derecho. Y por lo respectivo à los tantos mil reales en que queda descubierto, se le reserva el suyo, para que use de él como, y contra quien le convenga: y por este su auto asi lo proveyó, mandó, y firmó Don F. F.

Nota vigesima.

En la liquidacion que se haga de cargas se deben incluir por aumento de caudal del deudor los alquileres, ò arrendamientos de la finca raiz executada, que se adjudica *in solutum*, hasta el dia en que la liquidacion se concluye; y si se vende, hasta el en que el comprador en quien se remató, deposita el precio, pues desde entonces deben ceder à su favor, porque cumplió con quanto estaba de su parte: y no es justo que se esté sin dinero, alhaja, ni frutos. Y en caso que la finca, ò bienes raices adjudicados, existan en otra jurisdicion, se ha de expedir requisitoria à sus Justicias para que le den la posesion de ellos, y prevenirse asi en el auto de adjudicacion.

Auto de adjudicacion in solutum de bienes muebles.

396 Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes embargados à N. y depositados en tantos de este mes, à consequencia del mandamiento de execucion expedi-

dido contra él por tanta cantidad, su decima, y costas, à instancia de P. su acreedor, sin que haya habido quien diese por ellos su justo precio, y allanarse dicho P. à tomarlos por su tasa, importante tantos reales; se le adjudican por estos en cuenta, y parte de pago de su credito. Requierase à B. depositario de ellos se los entregue, con lo qual se le declara por libre del deposito que constituyó: y para titulo legitimo se dé al nominado P. testimonio de este auto, con expresion individual de los bienes, sus precios, y demás conducente, al que se interpone la autoridad judicial quanto há lugar en derecho. Y se reserva al prenotado P. el suyo, para que por el residuo de su credito use de las acciones que le competan contra quien le convenga. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, &c.

Nota vigesimaprima.

Sucede algunas veces, que la cantidad porque se despacha la execucion, no es muy quantiosa, por cuya razon, y por ser menor inconveniente que el acreedor se espere algun tiempo en reintegrase de su credito, que el que se haga al deudor la extorsion, y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda, ù otros bienes raices; pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos; (que viene à ser posesion del derecho de percibir sus frutos, y rentas hasta hacerse pago, sin exigir decima, ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerlo nadie debe premiarle) en cuyo caso defiere el Juez à su solicitud, con calidad de que lleve cuenta asi de lo que perciba, como de lo que pague, y para su utilidad, y conservacion gaste en obras, y reparos, à fin de darla siempre que se la pida su acreedor: y que à este efecto se requiera à los inquilinos, y colonos le acudan con los alquileres, y arrendamientos que estén debiendo, y debieren, y se libre el correspondiente mandamiento: el qual, y el auto que debe precederle, se estienden en la forma siguiente.

Au-

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor.

397 En atencion à lo que esta parte exponе , se la dé posesion prendaria de los bienes que refiere , para que se reintegre de tantos reales , y costas , por que se sentenció esta causa de remate , con calidad de llevar cuenta de lo que perciba , y gaste en utilidad , y conservacion de dichos bienes , siempre que se le pida , y mande , à cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento , con el que se requiera à sus inquilinos, y colonos le contribuyan con lo que estén debiendo, y debieren. El Señor Don F. Corregidor , &c.

Mandamiento de posesion prendaria.

398 Alguaciles de esta Villa , qualquier de vos dad à F. la posesion Real , corporal , vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle , para que la goce por derecho de prenda , percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal , y costas procesales por que proferí sentencia de remate , y expedí mandamiento de pago en tal dia contra el citado N. cuya posesion le dad sin perjuicio de tercero de mejor derecho , à quien si pareciese , oiré , y administraré justicia , y en ella le amparad , y defended , imponiendo pena de prision , y de tantos mil maravedis para la Camara de S. M. al que se la perturbe , y requiriendo à los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que estén debiendo , y devengaren en adelante; lo qual cumplid , pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte à tantos de tal mes ; y año. Don F. Por su mandado , F.

Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdicion, notificarle el estado de la execucion, y citarle de remate.

399 Don F. Corregidor de esta Villa de tal: hago saber à los Señores Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores, y ordinarios, y demás Ministros de Justicia de las Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y de su contexto pedido cumplimiento, y especialmente à los de la Villa de tal, que ante mí, y por el Oficio del presente Escribano del Numero, se dió pedimento en tal dia por parte de Juan de tal, vecino de esta Villa, presentando una Escritura de obligacion (ò de lo que sea) otorgada à su favor por N. en ella à tantos de tal mes, y año, ante tal Escribano, haciendo expresion de que el citado N. le estaba debiendo tantos mil reales procedidos de tal cosa, los que se habia obligado à satisfacer, y poner en su casa en tal dia, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza; y de que sin embargo de ser pasado el termino en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los habia pagado, sino que ni aun le habia contestado à una carta politica, que en tal dia le habia escrito à este fin; y mediante hacerle suma falta la referida cantidad; haber espirado el plazo de su solucion; y estár sometido especialmente à mi Juzgado el deudor por la enunciada Escritura; concluyó con la pretension, de que por lo que de ella resultaba, despachase execucion contra su persona, y bienes, librando la competente requisitoria, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en quenta legitimas, y justas pagas; à cuya solicitud deferí, que el tenor de la Escritura, pedimento, y auto que à él proveí, es el siguiente.

Aqui se ha de insertar lo relacionado, y luego proseguirá la requisitoria.

Concuerda la Escritura, pedimento, y auto insertos

con sus originales, que existen en el Oficio del infrascripto Escribano, à que me remito; y para que tenga efecto mi proveído, expido la presente, por la qual de parte de su Mag. y del oficio de justicia que en su Real nombre administro, exorto, y requiero à los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo, que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del citado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consequencia que por ante Escribano, y en forma se haga execucion en la persona, y bienes del nominado N. por los tantos mil reales contenidos en la prenotada Escritura, y por mas su decima, costas, y salarios; cuya execucion se trabe, y amplíe en bienes muebles, y no siendo suficientes, ò por su defecto en raíces, que se depositen por quenta, y riesgo de esa Justicia en persona lega, llana, y abonada con sumision à mi Juzgado; y no los teniendo, ò aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure, y ponga preso en la carcel de esa Villa; en la que subsista hasta que por mí otra cosa se provea: y asimismo se le notifique en su persona, pudiendo ser habido, el estado de esta execucion, apercibiendole que si dentro de setenta y dos horas siguientes à la en que se le haga la notificacion (la que se expresará en la diligencia) no pagáre los tantos mil reales, satisfará además la decima parte de ellos; è igualmente si da por dados los pregones que manda la ley, ò los renuncia, y quiere gozar de su termino, y no renunciandolos, se darán en esa Villa en dias utiles, y fijarán cedulas en los parages públicos de ella: y pasado el termino se le citará de remate, ò por su ausencia, ù ocultacion à su muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandole memoria por escrito, y apercibiendole tambien en ella, que si dentro de tantos dias peremptorios contados desde el de la citacion no compareciere por sí, ò por su Procurador con poder bastante à mostrar paga, quita, ù otra excepcion legitima, que impida el remate de los bienes executados, sin mas citacion, monicion, ni interpelacion, (pues por la presente le cito, llamo, y emplazo peremptoriamente) pro-

ce-

cederé à sentenciar la causa, y à lo demás que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio, como si con su persona se substanciáran los autos: y evaquado todo, lo mandarán entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la debuelva à mi Juzgado, y en su vista provea justicia; pues en practicarlo asi, la administrarán dichos Señores Jueces, è yo haré al tanto ella mediante, siempre que las suyas vea. Fecha en esta Villa de tal à tantos de tal mes, y año. Don F. Por su mandado, F.

Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdicion.

400 Don F. Corregidor, &c. Hago saber, &c. que por mi Juzgado, y por el Oficio del infrascripto Escribano del Numero se han seguido, y penden autos executivos à instancia de Juan de tal contra Francisco de tal, vecinos de esta Villa, sobre la satisfaccion de tantos mil reales de principal, su decima, y costas procedidos de tal cosa; cuyos autos tubieron principio en tal dia de tal mes de este año, por pedimento que con presentacion de una Escritura otorgada en tal dia ante tal Escribano por el citado Francisco à favor del enunciado Juan, dió, expresando que el nominado Francisco le estaba debiendo los referidos tantos mil reales, que sin embargo de ser pasado el plazo pactado en la Escritura, y de haberselo pedido repetidas veces no habia podido conseguir su cobro: y que para conseguirlo se veía precisado, por la suma falta que le hacian, à usar de los medios judiciales; por lo que concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la relacionada Escritura, despachase execucion contra la persona, y bienes del expresado Francisco por los mencionados tantos mil reales, su decima, y costas causadas, y que se causasen hasta su efectivo reintegro; jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en quenta legitimos, y justos pagos; à cuya solicitud deferí, y en virtud del mandamiento de execucion que expedí, se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, y à su

tiempo citó de remate, y habiendose opuesto à ella, encargué à ambas partes los diez dias de la ley, en los que aunque el executado tomó los autos, ninguna prueba hizo, por lo que à instancia del evecutante vistos por mí, los sentencié de remate, mandando proseguir la execucion, vender los bienes executados, y de ellos, y su valor hacerle entero pago de los prenotados tantos mil reales, su decima, y costas causadas, y que se causasen hasta que se verificase, con tal que diese previamente la fianza de la ley de Toledo, la que con efecto dió, y en su consequencia precedida su tasacion, que ascendió à tantos reales, expedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirió, y por no haber satisfecho incontinenti el total debito, se le vendieron los bienes muebles executados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este estado, y con referencia de lo que queda expuesto, ocurrió el actor en tal dia pretendiendo se procediese contra la persona del executado, à fin de que le reintegrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, lo qual mandé, y al requerimiento que se le hizo, expresó poseer en esta Villa tales bienes raíces, los que consentia se vendiesen en pública subasta, y que sus titulos existian en poder de Fulano su administrador: en virtud de cuya respuesta pidió el acreedor librase el competente despacho para su venta, à lo que deferí, mandando se le notificase, y al executado nombrasen perítos para su valuacion, con apercibimiento que se nombraría de oficio; à cuya notificacion respondió éste que se entendiesen todas las diligencias con su administrador, y aquel que se conformaba con lo que por esa Justicia se practicase, segun todo mas por extenso resulta de la Escritura, pedimento, autos, sentencia, y demás diligencias relacionadas, cuyo ordinal tenor es el siguiente:

Aqui se inserta lo relacionado.

Y para que lo mandado en mi sentencia, y proveídos ul-

ulteriores tenga debido efecto, expido la presente, por la qual de parte de S. M. y del oficio de Justicia que en su nombre administro, les exorto, y requiero, y de la mia pido, y encargo, que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del expresado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consequencia, que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del executado, y demás que declare su administrador F. por perito que nombre, y el que se elija de oficio, se saquen à pública subasta, pregonandose, y fijandose cedulas en los parages públicos de esa Villa por los terminos del derecho, admitiendo con arreglo à éste para evitar lesion, y nulidad, las posturas, y mejoras que se hagan en todos los bienes, ò en cada finca; celebrando à su tiempo el remate en el mayor postor, ò postores; aposesionando, y entregando los respectivos titulos de ellos à los compradores; despachandoles la venta, ò ventas correspondientes del mismo modo que yo lo practicaría; y depositando el producto líquido baxadas cargas, y costas que haí se originen, en persona lega, llana, y abonada con sumision à mi Juzgado; y evaquado todo, y poniendo, è insertando en la Escritura, ò Escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria, y diligencias que en su virtud se practíquen, la debolverán con ellas al conductor, à fin de unirlo todo à estos autos, en donde deben parar, y en su vista proveer lo conveniente; pues en executarlo asi administrarán justicia dichos Señores Jueces, è yo en reciproca correspondencia haré al tanto siempre que las suyas vea. Fecha en esta Villa de tal &c.

Requisitoria de pago contra un deudor vecino de Pueblo diverso de el del juicio.

401 Don F. Corregidor, &c. Hago saber à los Señores Jueces, y Justicias de tal Villa, que ya les consta que en tal dia por parte de Juan de tal, vecino de ésta, con presentacion de una Escritura de obligacion otorgada en ella

ella en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano por N. que lo es de esa, con sumision especial à mi Juzgado, se dió pedimento exponiendo que el mencionado N. le estaba debiendo tantos mil reales procedidos de tal cosa, los que se habia obligado à satisfacerle, y poner en su casa, y poder para tal dia: que sin embargo de ser pasado el termino en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los habia satisfecho, sino que ni aun le habia contestado à una carta politica que en tal dia le habia escrito à este fin: que mediante lo expuesto, y hacerle suma falta la referida suma, habia concluído con la solicitud de que despachase requisitoria de execucion contra la persona, y bienes del nominado N. por la expresada cantidad, su decima, y costas: y que con efecto la expedí, y cumplimentada por Vmdes. se amplió, y trabó la execucion en varios bienes muebles, y raíces del enunciado N. los que se sequestraron, y depositaron en P. vecino de esa Villa, con sumision à mi Juzgado, se notificó el estado de la execucion al executado, el qual renunció los pregones con protesta de gozar de su termino; y pasado éste, se le citó de remate, apercibiendole que si dentro de tantos dias peremptorios contados desde el de la citacion no comparecia por sí, ò por su Procurador con poder suficiente à mostrar paga, quita, ò razon legitima que impidiese el remate, procederia à sentenciar la causa, y à lo demás que hubiese lugar en derecho, como todo se califica de la requisitoria de execucion, y diligencias en su virtud practicadas ante F. Escribano del Numero de esa Villa, que existen en el Oficio del presente. Y con motivo de haber espirado el termino prefinido al executado para comparecer, y no comparecido, solicitó el executante sentenciase la causa de remate, y precedida tasacion de costas, librase la correspondiente requisitoria de pago; y llamados, y vistos los autos, por la sentencia que proferí en tal dia, mandé continuar la execucion, y hacer trance, y remate de los bienes executados, y de ellos, ò su valor, que se le reintegrase del principal, decima, y costas, dando previamente la fianza de la ley de Toledo, co-

como todo se acredita de los pedimentos, autos, sentencia, y diligencias practicadas, que por su orden dicen asi.

Aqui se inserta todo lo relacionado.

Y para que la sentencia de remate inserta se execute, de parte de S. M. y de la Justicia que en su Real nombre administro, exorto, y requiero à los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo, que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del mencionado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro recado, la manden cumplir, y en su consequencia que por ante Escribano, y en forma se requiera al citado N. le dé, y pague incontinenti, ò à quien le represente, y su accion tenga, los tantos mil reales porque pidió, y se despachó la execucion, con mas tantos de costas procesales hasta aqui causadas, y las que se causaren, y asimismo la decima correspondiente; y no lo haciendo, y cumpliendo asi, le sacarán, y venderán todos los bienes executados, requiriendo, y apremiando à F. à que en fuerza del deposito que constituyó tal dia, y va inserto, los manifieste, y entregue, y entregados, se tasen, y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematandolos en el mayor postor, y haciendo de su valor el referido pago; y no alcanzando, se le saquen, y vendan todos los demás precisos, ha ta que se verifique enteramente, y aposesionando de ellos à los compradores, otorgando à su favor la correspondiente Escritura, ò Escrituras de venta con los insertos conducentes para documentarlas, entregandoles los titulos de pertenencia de los raíces, y procediendo en todo conforme à derecho: y asi evaquado, lo mandarán entregar original con esta requisitoria à la persona que la presentáre, para que lo traiga ante mí; pues en practicarlo asi administrarán justicia, è yo corresponderé recíprocamente siempre que las suyas vea. Fecha, &c.

Su-

Suplicatoria à Tribunal superior para hacer un embargo.

M. P. S.

402 Don F. Corregidor de esta Villa de tal, digo que ante mí, y el infrascripto Escribano del Numero se siguen autos executivos à instancia de P. contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de prestamo que le hizo, como consta de Escritura que à su favor formalizó en tal dia ante tal Escribano, con cuya presentacion pretendió despachase como despaché execucion contra los bienes del citado N. por los mencionados tantos mil reales de principal, su decima, y costas, la que se trabó, y notificó su estado al deudor; y con noticia que tubo el acreedor de pertenecer à éste un juro de tanta cantidad de principal, y tanta de renta annua, situado en tales rentas al numero tantos en cabeza de F. pretendió se ampliase la execucion, y embargase el citado juro, y à este fin se despachase la competente suplicatoria à V. A. à cuya solicitud deferí, como resulta de la Escritura, pedimento, y auto de execucion, traba, pedimento, y auto de ampliacion, que su literal tenor es el siguiente.

Aqui se inserta lo relacionado.

Y para que el pretendido embargo tenga efecto, suplíco à V. A. le mande hacer en el expresado juro de tantos maravedis de renta annua situado en tales rentas, y cabeza de F. y que no se acuda con las vencidas, y que de él se vencieren al enunciado N. ni otra persona, hasta que por mí otra cosa se provea, poniendose en los libros de la Contaduría de Juros, y demás partes que convenga, las notas competentes, y dandose al acreedor la certificacion correspondiente, pues en mandarlo asi V. A. administrará justicia, è yo recibiré merced. Dada en esta Villa de

de tal à tantos de tal mes, y año. Don F. Ante mí, Fulano.

Nota vigesimasecunda.

Con arreglo à esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrezcan, asi para embargo, como para otra qualquiera cosa, ya se dirijan à Tribunal Supremo, ò à persona de alta dignidad, v. g. un Capitan General, dandoles el tratamiento que tengan; pero es advertir que el Juez observando la buena política, debe echar su firma bastante separada de la ultima linea, y el Escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí*, y no *por su mandado*, como en las requisitorias, ò exortos, y la certificacion de embargo que se dé al acreedor, la ha de presentar en los autos executivos para que conste, pues la suplicatoria se queda en la Contaduría.

Nota sobre el papel sellado.

Los pedimentos, y autos que ocurren en la via executiva, se han de estender en papel del sello quarto mayor. Los mandamientos de execucion, y de pago que no pasen de cien ducados en el del mismo sello, como tambien los pregones, posturas, y remates de los bienes executados, sus tasas, y demás diligencias; y si exceden de ellos en el sello segundo, en el qual se estenderán las sentencias de remate por la misma regla, ò en el quarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el sello tercero: y las requisitorias de execucion, y de pago en papel del sello segundo, ò tercero segun sea la cantidad, pero no en el del quarto.

CAPITULO III.

DEL JUICIO DE CONCURSO de acreedores, y sus clases.

SUMARIO.

§. I.

1. ¿*DE quántas maneras es el concurso latamente entendido?*

2. 3. ¿*Quál se llama* concurso voluntario, *ò cesion de bienes; à qué fin se introdujo; y si se podrá renunciar, ò no?*

4. ¿*Quién puede hacer cesion de bienes, y por qué deudas?*

5. 6. 7. ¿*A qué personas no protege el beneficio de la cesion?*

8. 9. *Si para hacerla deberá, ò no estar preso el deudor, y si estandolo, no la hiciere dentro de seis meses de liquidada la deuda, ni renunciare la cadena, ¿qué se ha de practicar?*

10. *al* 18. ¿*Qué requisitos son necesarios para que el concurso se estime por bien formado?*

19. 20. ¿*Si el concursante podrá formarlo en la Chancillería, ò Audiencia del distrito de su domicilio, ò no; y si siendo acreedores suyos la Iglesia, el Fisco, el Clerigo, ù otro esento, deberán seguir su fuero, ò acudir cada uno ante su privativo Juez para cobrar sus creditos?*

21. *Concurriendo en el concurso los expresados requisitos, ¿qué efectos causa; y si el fiador del concursante gozará, ò no del beneficio que éste?*

22. *Iglesia, Pueblo, Comunidad, Universidad, y menor, ¿si podrán, ò no hacer cesion de bienes?*

23. ¿*Y si podrá, ò no hacerlo el Clerigo?*

24. 25. ¿*Qué diligencias se deben practicar hasta que se declara por bien formado el concurso; ò que no há lugar à él?*

26. 27. ¿*Y quáles para el nombramiento de administrador de los bienes cedidos?*

¿*Qué*

28. ¿*Qué es, y à qué se estienden las facultades de este administrador*?

29. 30. 31. *Electo el administrador*, ¿*qué deben practicar los acreedores*; *cómo se ha de substanciar el juicio*; *y de qué expedientes se deben hacer piezas separadas*?

32. ¿*Quál sentencia es apelable*, *ò se ha de executar sin embargo de suplicacion*, *dando la fianza de acreedor de mejor derecho*; *y si ésta se deberá*, *ò no dar*, *confirmandose aquella en revista*?

33. 34. ¿*Por qué medios han de justificar sus creditos los acreedores*, *y si para ello bastará*, *ò no la confesion del concursante*?

35. *Si no obstante la cesion*, ¿*podrá*, *ò no seguir su derecho el deudor contra sus acreedores*, *è impedir la venta de sus bienes*?

36. ¿*Quándo podrán*, *ò no los acreedores revocar el pago que el deudor hizo à otro*?

37. ¿*Si por la cesion de bienes perderá*, *ò no el deudor sus acciones activas*, *y pasivas*?

38. ¿*A qué personas*, *y cuerpos misticos competen alimentos de los bienes cedidos*?

§. II.

39. ¿*QUál se llama* concurso necesario, *ò pleito de acreedores*; *y por qué causas se hace*?

40. ¿*En qué conviene*, *y se diferencia éste del verdadero*, *y voluntario*?

41. 42. 43. ¿*Quáles son acreedores hipotecarios*, *chirografarios*, *y personales privilegiados*?

44. ¿*Y quáles de hipoteca tacita*, *y expresa*?

45. 46. *Hipoteca tacita*, ¿*qué fuerza tiene*; *en qué bienes se contrae*; *y à quiénes está concedida*?

47. ¿*Por qué debitos compete hipoteca tacita à la Iglesia*; *y en qué bienes*?

48. ¿*Por qué derechos*, *y contratos toca al Fisco*, *y en qué cosas*?

49. ¿*Si competirá*, *ò no à la muger casada por todos sus derechos*?

50. ¿*Quándo la tendrán el hospital*, *y república en los bienes de sus administradores*; *y por qué*?

51. ¿*Contra qué personas compete*, *ò no al menor*, *y à sus herederos por el alcance de su tutela*; *y si la tendrá*, *ò no el tutor en los de su menor*?

52. *Por la dote prometida al marido, ¿si le corresponderá, ò no contra los bienes del promitente?*

53. *¿Si la tendrán, ò no los hijos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que les administró; y quándo podrán, ò no reivindicar del comprador los que les vendió?*

54. *A los hijos, y herederos legitimos, y extraños de la muger, y à sus cesonarios, y sucesores singulares, ¿qué privilegio compete en los bienes de su marido por la dote que llevó à su matrimonio?*

55. *¿Y quál à los hijos legitimos en los de su padre, y madre, por lo que hubieron éstos uno de otro por titulo lucrativo, ò heredaron de algun hijo que murió intestado?*

56. *Legatario, ¿si tendrá, ò no hipoteca tacita en los bienes del testador; quáles legados son preferidos; y qué cosas han de intervenir para que el legatario pueda percibir su legado?*

57. *Compete al refeccionario, y al que prestó dinero para comprar algun Oficio.*

58. *Al locador por el arrendamiento de las fincas, y por el daño que el conductor le causó en ellas.*

59. *Y al que suplió los gastos del entierro, y ultima enfermedad del difunto, y los derechos de su testamento, su publicacion, è inventario de sus bienes.*

60. *Contrayendo hipoteca el apoderado, y no conteniendo en sí el poder contrato, ni obligacion, ¿si se podrá, ò no retrotraer al tiempo del poder la hipoteca que por el contrato que en su virtud celebró, se contrajo?*

61. *¿Por quánto tiempo prescribe la accion hipotecaria para recuperar la hipoteca del tercero poseedor, en virtud del pacto de* non alienando?

62. *al* 66. *¿Cómo deben ser graduados los acreedores hipotecarios, ya sean, ò no iguales en tiempo, y privilegio?*

67. *¿Y quántas clases de utilidad pública, y privada se consideran para su graduacion?*

68. *¿A quién es preferida la Iglesia por sus diezmos; y de quién puede exigirlos si el dueño del fundo vende los frutos antes de cogerlos?*

69. *¿Y à quién el que suplió dinero para enterrar al deudor, ò para los alimentos, y gastos de su ultima enfermedad, y los derechos de su testamento, su apertura, è inventario de sus bienes?*

70. *Por la alcabala, y derechos, ò tributos Reales, ¿qué privilegio compete al Fisco, y contra qué personas; y à que acree-*

acreedores será preferido?

71. 72. *¿De quál goza en los bienes de los que contratan con él; en los de sus administradores, y recaudadores de su Real haber; y en los del Primipilo, su muger, hijos, y deudores?*

73. *En los demás contratos, y obligaciones, ¿qué reglas se deben tener presentes para graduarle?*

74. *¿Quándo será, ò no preferido à los acreedores anteriores de expresa hipoteca en los frutos de los bienes del deudor hipotecados antes de contratar con él; y si militará, ò no lo mismo para con la Iglesia, muger, y causa pia?*

75. 76. *Concurriendo el Fisco, y otro acreedor no privilegiado, el uno por causa onerosa, y el otro por la lucrativa; ò ambos por qualquiera de las dos; ò habiendo duda, ¿quál será preferido?*

77. *Por el delito, porque se confiscaron à alguno sus bienes, ¿qué derecho compete al Fisco en ellos; y qué debe practicar con los acreedores del delinquente?*

78. *¿Qué privilegio compete al Fisco por los gastos utiles, y necesarios que hizo en prender al deudor, y recuperar sus bienes?*

79. *Fisco, ¿si será, ò no preferido en la cosa que se le vendió, aunque se haya vendido, y entregado posteriormente à otro?*

80. *Executando el Fisco por alcabalas, ù otros derechos Reales, ¿en qué casos se admiten tercerías?*

81. *En la execucion instaurada por el Fisco, ¿qué excepciones son admisibles?*

82. *¿En qué casos podrá executar el Fisco al deudor de su deudor, sin que le ceda sus acciones?*

83. *Quando el Fisco executa à los arrendadores de sus rentas, y à sus fiadores, ¿en qué termino se han de pregonar los bienes executados?*

84. *¿Si podrá, ò no el Fisco executar por el arrendamiento de alcabalas, y demás rentas à los segundos conductores, igualmente que à los primeros?*

85. *Para reintegrar al Fisco de lo que le deben los arrendadores de sus rentas, y de lo que se le aplica por la condenacion de los delinquentes, ¿si podrán, ò no ser apremiados los vecinos del Pueblo à que compren sus bienes?*

86. *En las ventas coactas, que se celebran para pagar al Fisco, ¿si habrá, ò no lugar el remedio de la lesion? y suscitandose controversia sobre la evicion de los bienes vendidos, ù*

otro

otra cosa, ¿ante qué Juez se ha de seguir?

87. *al* 89. *Concurriendo la muger por su dote con el Fisco, ò con otros acreedores de hipoteca tacita, ò expresa, especial, ò general, anterior, ò posterior, ¿qúal será preferido en los bienes de su marido?*

90. 91. *Muger, y Fisco, ¿si serán, ò no preferidos al que prestó dinero al deudor para comprar alguna finca, ò para reparar casa, nave, ù otro edificio, pagar su alquiler, ò para otro beneficio suyo?*

91. 92. *Muger, ¿si preferirá, ò no al acreedor refeccionario por las arras dadas por aumento de dote, ù ofrecidas, y por sus bienes paraphernales, y alimentos por retardacion de entrega de su dote?*

93. 94. *Ocultando la muger bienes de su marido, ò de su dote, ò siendo la causa de que éste empobrezca, ¿si perderá, ò no el privilegio de prelacion, yá esté, ò no obligada con él?*

95. *¿En qué bienes obtendrá prelacion la dote de la muger segunda à la de la primera?*

96. *al* 99. *Pretendiendo los hijos de la muger primera la herencia de un hermano suyo, muerto intestado, que su padre debiò reservarles por haberse buelto à casar, y la muger segunda su dote, ¿qúal será preferido, ya existan, ò no bienes conocidos que haya dexado aquella?*

100. *Por los bienes extradotales que la muger primera entregó al marido, ¿qué privilegio compete à sus hijos? y para que prefieran à la dote de la segunda, ¿qué debe hacer el padre antes de casarse con ésta?*

101. *Acreedor que entregó sus bienes al deudor en commodato, ò de otra manera que no se le trasfirió su dominio, ¿si será, ò no preferido en ella, y en su precio à todos los demás?*

102. 103. *Acreedor que vendió al deudor alguna alhaja, que no le pagó, ¿quándo será, ò no preferido en ella à los demás; y qué clausula debe ponerse para que no se le transfiera su dominio?*

104. *Iglesia, Fisco, Menores, Comunidad, y Republica, ¿si podrán vender, ò no al fiado, y les competirá la prelacion de dominio?*

105. *Acreedor que prestó dinero sin interés al deudor para comprar alguna finca, ù oficio, con pacto de que habia de quedar hipotecado à su responsabilidad, ¿si será, ò no preferido en ella à los demás hipotecarios anteriores?*

106. *Acreedor refeccionario, ¿quándo, y à quáles lo será en*

en la finca refeccionada?

107. *Concurriendo varios refeccionarios entre sí sobre preferencia, ¿quál debe obtenerla?*

108. 109. *¿A qué acreedores, y en qué bienes del conductor será, ò no preferido el locador por la locacion, y tacita reconduccion?*

110. *Acreedor de finca emphiteutica, ò vendida à censo reservativo redimible, ¿à quáles preferirá en ella por su principal, y reditos?*

111. *Formando concurso el censuario de censo vitalicio personal, ¿qué debe hacer el Juez para pagar al censualista su anual pension?*

112. *Prendiendo un acreedor al deudor que se vá huyendo con sus bienes, ¿si será, ò no preferido à los demás?*

113. *¿A qué acreedores preferirá el que dió fiadas al deudor algunas mercaderías, si éste las recibió con animo de huir, y quebrar: y dentro de qué termino lo ha de acreditar?*

114. *¿Cómo han de ser graduados los acreedores por varios depositos de dinero hechos en el deudor?*

115. *Por el deposito regular, ¿qué privilegio tienen contra la cosa depositada, que existe, y contra los bienes del depositario, no existiendo?*

116. *¿Quál se llama deposito regular?*

117. 118. *¿Qué privilegio compete contra los bienes del depositario al acreedor por deposito irregular, ya sea el Fisco, ù otro: à quáles será, ò no preferido, ya haya recibido, ò no intereses del depositario: y quál se llama deposito irregular?*

119. *Acreedor que hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun, debe ser preferido à todos por su importe.*

120. *Jueces. Abogados, Escribanos, y demás que ponen su trabajo en la defensa de los bienes concursados, ¿a qué acreedores preferirán?*

121. *¿Acreedor que dió alimentos al deudor, y à sus criados, es preferido à los hipotecarios, aunque sean anteriores?*

122. *¿Qué prelacion compete al acreedor por los alimentos que se le dexaron en testamento, ò consignaron en los bienes del deudor?*

123. *Concurriendo juntos acreedores por causa onerosa, y lucrativa, ¿quál será preferido?*

124. 125. *Acreedores por cesion de los reditos de dos años, ò por una propia accion cedida en diversos tiempos, ò por un mismo debito. ¿cómo se han de graduar?*

126. *¿Si será, ò no preferido el acreedor hipotecario posterior por deuda numerada al anterior por deuda confesada?*

¿A

127. *¿A qué acreedores será preferido el que fió al deudor, y pagó por él?*

128. *al* 131. *Acreedor hipotecario posterior, cuya deuda consta en instrumento público, ¿si será, ò no preferido à los anteriores hipotecarios de instrumento privado reconocido por el deudor, y por dos, ò tres testigos presenciales, que lo firmaron?*

132. *Acreedor posterior que prestó, y entregó dinero al deudor, es preferido al anterior en fecha, que se lo entregó despues de aquel.*

133. *Acreedor del comprador de una alhaja, ¿quándo será preferido en ella à otros anteriores del deudor que la compró?*

134. 135. *Contratando algunos acreedores con el deudor comun sobre alhaja feudal; ò dandole dinero sobre bienes vinculados que poseía, sin haber obtenido la competente facultad; y otros despues, pero interviniendo ésta, ¿quáles tendrán mejor derecho?*

136. *Hipotecando el apoderado sin poder bastante à favor de un sugeto la alhaja de su principal; si éste la hipotecó despues à otro, y luego ratificó la obligacion constituida por su apoderado, ¿quál de los dos será preferido?*

137. *Procediendo la deuda hipotecaria de tutela, curaduría, y administracion pública; ò de Iglesia, Comunidad, Republica, Rentas Reales, cambio, banco, ò depositario público, ò privado, ¿de qué privilegio goza?*

138. *Acreedor por pension contra los frutos del beneficio que se dió con ella al Clerigo, ¿si será, ò no preferido en ellos à otros anteriores de éste?*

139. *Concurriendo dos pensionarios à los frutos del beneficio gravado, ¿cómo han de ser graduados?*

140. 141. *Mudando su estado, ò forma, ò destruyendose, ò deshaciendose la cosa hipotecada, ¿si tendrán, ò no prelacion en ella los acreedores?*

142. *¿Si habrá, ò no prelacion en el precio de la cosa vendida, è hipotecada, y buelta à vender: ò en la que con él se comprare: ò en la comprada con dinero ageno?*

143. *Acreedor posterior, y menos privilegiado, y al mismo tiempo deudor por otra causa de su deudor, ¿si podrá, ò no compensar su deuda con lo que debe à éste en perjuicio de los de anterior privilegio?*

144. 145. *¿Cómo han de ser graduados los acreedores mere personales, y los personales privilegiados, concurriendo entre sí respectivamente?*

146. *Teniendo el deudor varias*

rias negociaciones, y por ellas acreedores personales, ¿cómo han de ser pagados?

147. *¿Qué requisitos son necesarios para que un tercero que prestó dinero al deudor à fin de pagar à cierto acreedor, sea subrogado en el lugar de éste?*

§. III.

148. 149. *¿Qué es moratoria, ò espera: quién puede, ò no concederla: y à quién protege?*

150. *¿Qué debe practicar el deudor para que le aproveche?*

151. *¿Por qué Sala se conceden las moratorias de gracia, y por quál las de justicia: y qué debe preceder para su concesion?*

152. *¿A satisfaccion de quién ha de ser la fianza que el Consejo mande dar al deudor, si à la del Juez, ò à la de su acreedor?*

153. *¿Desde quándo empieza à correr el termino de la moratoria, si en su concesion no se expresa?*

154. *Consejo de Hacienda, y Tribunal de la Contaduría mayor, ¿si podrán, ò no conceder espera à los deudores Fiscales?*

155. *¿Qué cosas se requieren para que valga la espera que los acreedores conceden à su deudor?*

156. *¿Discordando los acreedores en quanto à la concesion de espera, ¿qué se deberá observar?*

157. *Si muchos acreedores tienen una sola accion, ò uno muchas, ¿por quántas personas se reputarán?*

158. *¿Qué termino pueden conceder los acreedores al deudor: si durante él correrán los reditos, è intereses: y si estará, ò no obligado el deudor à afianzarles sus creditos?*

159. *¿Qué ha de practicar el deudor para no ser molestado por los acreedores que no asistieron à la espera?*

160. *Aceptando los herederos del deudor su herencia con beneficio de inventario, ¿si les aprovechará, ò no la moratoria concedida à éste?*

161. *Queriendo el deudor hacer cesion de bienes, y sus acreedores concederle espera, ¿quál vencerá?*

§. IV.

162. 163. *¿Qué es remision ò perdon de acreedores; y si valdrá, ò no la que el Rey conceda al deudor?*

164. *¿Si podrán, ò no concedersela sus acreedores: y qué se ha de observar en caso que discorden, ya haya, ò no algun hipotecario?*

165. *Siendo Cambiante,*

Mercader, ò Factor suyo el deudor, ¿qué se ha de practicar, ya alce, ò no su persona, bienes, y libros, ò huya, ò se refugie à la Iglesia?

§. FINAL.

166. *PEdimento formando concurso de acreedores, y haciendo cesion de bienes un deudor preso.*

167. *Auto admitiendo la cesion.*

168. *Edicto llamando à los acreedores ausentes, y su nota.*

169. *Fé de fijacion de los edictos.*

170. *Pedimento del concursante, para que se declare por bien formado el concurso.*

171. *Auto en que se há por acusada la rebeldía à los acreedores.*

172. *Otro auto por el que se declara por bien formado el concurso, y nombra defensor.*

173. *Mandamiento de amparo para el concursante.*

174. *Pedimento del defensor para que se nombre administrador de los bienes del concurso.*

175. *Auto de traslado à los acreedores, y su nota.*

176. *Otro auto nombrando al administrador, y su nota.*

177. *Titulo de administrador de los bienes concursados con su nota.*

178. *Sentencia de graduacion, y su nota.*

179. *Libramiento à favor de un acreedor, con su nota, y otra sobre el papel sellado.*

§. I.

DEL PRIMER GENERO DE CONCURSO llamado cesion de bienes: *quién puede hacerlo, ò no: qué requisitos son necesarios para que se estime por bien formado; y cómo se ha de substanciar, y seguir.*

1 YA que en los dos capitulos anteriores de este libro expliqué con la posible extension, metodo, y claridad el modo, y orden de seguir, y substanciar los juicios *civil ordinario*, y *civil executivo* para radical instrucion del Escribano principiante; parecerá estraño, y se-

será increpable el que siendo tan frequente en los Tribunales el de concurso de acreedores, lo dexe sumergido en el silencio, dando lugar à que si se le ofrece actuar en Aldéa en donde el Juez sea lego, y no haya Abogado Jurisperito con quien aconsejarse, cometa en su substanciacion aquellos crasos errores que son hijos legitimos de la ignorancia, è irrogan tantos daños à los interesados; y para que no pueda alegarla, digo que este juicio latamente tomado, ò entendido, es de quatro maneras, ò tiene quatro nombres, à saber: *Cesion de bienes*: *pleito*, *ù ocurrencia*: *espera*, *ò moratoria*: *y remision*, *ò quita de acreedores*: y de cada clase trataré ordinalmente en los §§. de este capitulo lo que baste para tinturarle.

2 El primer genero llamado *cesion de bienes*, ò *concurso voluntario*, y *preventivo*, es un remedio, ò beneficio legal introducido en lo antiguo à favor de los miserables deudores libres, que con motivo de hallarse exhaustos de medios por los infortunios, y calamidades de los tiempos para satisfacer à sus acreedores lo que les debian, se veían presos à su instancia; cuyo remedio se introduxo, à efecto de evitarles, y redimirles las molestias, y vejaciones con que estos los oprimian, y de que recobrasen su natural libertad. (1) Y prevengo que aqui no trato de los que por su culpa, ò en fraude de sus acreedores disipan sus bienes, y se constituyen miserables, pues no se introduxo el remedio de la cesion à favor de ellos, porque el que obra contra la ley, es indigno de su beneficio, y ésta protege à los engañados, no à los engañadores; (2) ni de los que parte por infortunio, y parte por su culpa se vén infelices, pues acerca de éstos dicen tam-

(1) Ley 1. Cod. Qui bonis cedere possunt, y leyes 1. y 4. tit. 15. Partid. 5. Rodrig. de Execution, cap. 8. num. 13. Menoch. de Succession. creat. cap. 6. n. 48. y sig.

(2) Ley Auxilium 37. §. In delictis, ff. de Minorib. ley Verum 64. ff. Pro socio, ley 2. ff. y ley Si sine 5. Cod. ad Senatusconsultum Velleyan, ley 2. Cod. Si minor major se esse dixerit, leyes 1. y 2. Cod. Si adversus delictum, y capit. 2. de Regul. jur.

tambien los Autores, que no merecen compasion. (1)

3 Ninguno puede renunciar este auxilio, y aunque lo renuncie con juramento, no vale, y es la razon, lo primero, porque el renunciante es necesario à otros, que son su muger, è hijos, à quienes con su industria, y trabajo alimenta; y el juramento es valido quando cede en detrimento privativo del que lo hace, mas no en el de tercero. (2) Y lo segundo, porque el hombre no es dueño de la libertad que Dios le concedió como à imagen suya, y por lo mismo no está à su disposicion, ni en su arbitrio el privarse de ella. (3) Y esta sentencia como equitativa, conforme, y mas acomodada à la humanidad, es la mas corriente, y segura, y como tal debe seguirse, sin embargo de las razones de la contraria.

4 Puede hacer concurso, ò cesion de bienes à sus acreedores, y por consiguiente gozar de este beneficio (que llama miserable, y calamitoso el Emperador Justiniano en la ley *ultim. Cod. Qui bonis cedere possunt*) qualquier deudor preso por deuda puramente civil; (4 pero si proviene de delito, ò quasi delito, podrá hacerla solamente por lo concerniente al peculiar interés del agraviado; mas no por lo que mira à la vindicta pública, y Fisco: y asi no pagando la pena pecuniaria, que se le imponga, se ha de commutar en corporal, y executada ésta, admitirse la cesion, (5) no siendo noble, ni Clerigo el delinquente, pues para con estos no procede la commutacion; bien que si el deudor es pobre, y lo hace constar, puede el Juez

(1) Boler. de Decoction. tit. 1. quæst. 4. per tot.

(2) Cap. Cum contingat 28. de Jurejurand. y cap. Quamvis pactum, de pact. in 6.

(3) Cap. Ex litteris 13. y cap. Venientes 19. de Jurejurand. Rodrig. ibi, n. 27.

(4) Ley 1. al princip. tit. 15. Partid. 5. Rodrig. ibi, n. 14.

(5) Ley 1. al fin. ff. de Pænis, ley ultim. al fin. Cod. de Sepult. violat. ley Illicitas, §. ultim. ff. de Offic. Præsid. ley Si ex parte, §. Quamquam, ff. Quod cum eo, ley Si rerum amotarum, ff. de Re judicat. y ley 9. tit. 16. lib. 5. Recop. y cap. Finem litibus, de dolo, et contumacia. Sr. Covar. libr. 2. Var. cap. 1. num. 4. 8. y 9. Baez. de Inope debitore, cap. 11. Rodrig. ibi, n. 30. y 31.

Juez remitirle la pena pecuniaria aplicada al Fisco, no siendo muy grave el delito porque se la impuso. (1)

5 Está quitado este beneficio, y por consiguiente no pueden hacer, ni se debe admitir la cesion de bienes à los arrendadores de Rentas Reales, sus fiadores, y abonadores; por lo que han de subsistir en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre de todo su haber; (2) pero se admite à otro qualquier deudor del Rey, ò su Fisco, por estár prohibido solamente à aquellos, (3) y lo que el derecho no prohibe, se entiende permitido. (4)

6 No protege al deudor, que en fraude de sus acreedores delapidó, ò enagenó sus bienes, ò parte de ellos, estando, ò no preso; ò los ocultó en parte de donde no se pueden recuperar; pero pudiendo recobrarse, y dando fianzas de bolverlos en el estado que tenian quando entró en la prision, gozará de él. (5) Tampoco protege al que tomó cantidades prestadas, ò celebró contratos de esta clase con animo de alzarse con ellas, ò hacer quiebra, porque se presumen celebrados con dolo, por defraudar à quien se las prestó. (6)

7 Al mercader, comerciante, cambiante, y sus factores que se alzan con sus personas, bienes, y libros de comercio, retirandose, ò no à sagrado, (ò aunque no alcen sus personas) tan lejos está de protegerlos el beneficio de la cesion, que antes bien deben ser reputados, y casti-

(1) Ley 4. tit. 22. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 2. à la 5. Valasc. de privileg. pauper. part. 1. post quæst. n. 1.

(2) Ley 5. tit. 9. lib. 9. Recopil.

(3) Acev. en la ley 5. tit. 16. lib. 5. Recop. n. 7. Cancer. part. 2. Var. cap. 9. n. 12. Farinac. Prax. crim. quæst. 26. n. 2. y 8.

(4) Ley Necnon, ff. Ex quibus causis majores, ley 1. ff. de Testib. ley Mutus, §. Quæritur, ff. de Procurator. ley Ab ea parte, ff. de Probation, y ley Statutas, Cod. de Religiosis, et sumptib. funer.

(5) Ley 4. tit. 15. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 4. ley fin. ff. Quæ in fraudem creditor, y ley penult. ff. de Jure dotium. Pichard. in §. 40. Institut. de action. Sr. Salg. Labir. creditor. part. y cap. 1. n. 13.

(6) Ley 1. y ley Nec ex dolo suo 12. ff. de Dolo malo. Pichard. ibi, num. 36. Boler. de Decoction. tit. 1, quæst. 4.

tigados como ladrones públicos, y verdaderos robadores; pues asi los llaman las leyes; (1) y aunque sean nobles, y estén en sagrado, se les debe extraer de él. y à sus bienes baxo de la caucion, y seguridad, que debe dar el Juez seglar de no proceder criminalmente contra sus personas, segun lo ordena la ley final del tit. 2. lib. 1. Recop. pues por este enorme crimen pierden el privilegio, (2) y à mas de esto qualquier iguala, convenio, transacion, ò remision que despues de alzados hagan con sus acreedores, ò con otro en perjuicio de estos, es nula, sin embargo de que contenga las clausulas, y vinculos mas estables, y eficaces (3) Y ultimamente no se debe admitir la cesion, ni favorece al que obtuvo espera de sus acreedores, y gozó de ella, y asi ha de estár preso hasta que les pague. (4)

8 Para que antiguamente se admitiese à qualquiera deudor la cesion de bienes, se requería (segun los Autores exponen) que estubiese preso, y bastaba estarlo à instancia de uno de sus acreedores, à efecto de que la cesion perjudicase à los demás que tubiese, sin que à este fin fuese preciso citarlos; (5) pero hoy no es necesario, ni se observa; (6) excepto que no quiera pagar, ni hacerla despues de condenado al pago, pues en este caso ha de ser preso hasta que practique una de las dos cosas, segun se prueba de la ley 4. tit. 15. Partid. 5. que dice: *Por juicio condenado seyendo alguno que pague las deudas que debiere à otro, si las non quisiere pagar, nin desamparar sus bienes, segun diximos en las leyes ante desta, el Juzgador del logar debelo meter en prision à la demanda de los que han de recibir la paga, è tenerlo en ella fasta que*

(1) Leyes 1. 2. y 3. tit. 19. libr. 5. Recop.

(2) Ley 4. tit. 19. lib. 5. Recopil.

(3) Ley 2. tit. 19. lib. 5. Recopil.

(4) Glos. fin. en la ley ultim. Cod. Qui bonis cedere possunt. Sr. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 15. Partid. 5. glos. 4. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap 18. n. 2. y 3. Rodrig dicho cap. 8 n. 42.

(5) Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 5. n. 5. y 6. Sr. Covar. dicho cap. 1. n. 5. Rodrig. ibi, n. 17.

(6) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 1. n. 11.

que pague lo que debe, ò desampare sus bienes.

9 Por lo que el deudor, que no es mercader, cambiante, ni factor suyo, puede hacer concurso, y cesion dentro, y fuera de la carcel. Si la hace fuera de ella, debe implorar el oficio del Juez, previniendose, y broquelandose con este remedio de miserables, (1) para imponer silencio à sus acreedores, y evitar que le molesten, y se le prenda: (2) y si estando preso à instancia de alguno de ellos, no hace la cesion dentro de los seis meses de liquidada la deuda, ni renuncia la cadena, la há por hecha, y renunciada el derecho, (3) y despues le debe mantener en la carcel su acreedor nueve dias, y no mas, y ser suelto, y entregado à éste para que se sirva de él, si no tiene oficio. (4) Bien que esta entrega, y el que el deudor traiga argolla al cuello, como mandan nuestras leyes antiguas, (5) ya no está en uso, por lo que omito molestar al Lector con su explicacion inutil.

10 Procediendo à tratar de este nuevo genero de concurso voluntario, y preventivo (que es el que hoy se estila) digo que para que se estime por bien formado, y surta efectos utiles al concursante, libertandole de entrar en la prision, ò de subsistir en ella, si está preso (pues quanto mas inminente es el peligro, con mayor precaucion se debe obrar) han de concurrir siete requisitos: el primero, que el deudor no sea de los nominados en los numeros 5. 6. y 7. ni las deudas provengan de delito, pues si lo es, no se le debe admitir por las razones expuestas.

11 El segundo, que como reo, que es (aunque parece actor) acuda por sí, ò por su Procurador con poder bastante ante su propio Juez, y no ante otro, expresando que cada dia se vé molestado de sus acreedores acerca de la satisfaccion de las cantidades que les debe: y para que sean

(1) Leyes 1. y 3. Cod. Qui bonis cedere possunt

(2) Ley Si contendat, ff. de Fidejussorib. et ibi DD. Sr. Salg. Labir. part. y cap. 1. n. 11.

(3) Ley 7. tit. 16. lib. 5. Recopil.

(4) Leyes 4. y 5. tit. 16. lib. 5. dicho.

(5) Leyes 4. à la 8. tit. y lib. cit.

sean pagados segun el grado, y prelacion que por el derecho les compete, y evitar sus cotidianas molestias, (mediante hallarse por la calamidad, è injuria de los tiempos sin caudal suficiente à su total solucion) haga dimision de todos sus bienes, muebles, raices, derechos, y acciones en manos del Juez; y de los que sean, como tambien de sus acreedores, y respectivos debitos, y domicilios, presente dos relaciones, memorias, ò listas firmadas de su mano, (1) si sabe escribir.

12 El tercero, que estas relaciones, ò listas sean hechas con exacta, è individual pureza, y fidelidad, reservandose unicamente el concursante su vestido ordinario, è instrumentos de su arte; (2) lo qual se entiende, excepto que sea ascendiente, ò descendiente, suegro, yerno, marido, muger, señor, siervo, donatario, ò socio, pues éstos gozan entre sí del beneficio de la *competencia*, y no pueden ser demandados unos por otros, ni están obligados à mas de su posibilidad, como he sentado en el capit. 2. de este libro num. 160. y asi el Juez debe dexarles con que vivir comodamente, y vender el residuo para satisfacer à sus acreedores.

13 El quarto, que para excluir toda sospecha de ocultacion, y su pena, jure el concursante en los memoriales, ò relaciones que están hechos legal, y fielmente sin el mas leve fraude, y que no hace memoria de otros bienes, ni acreedores; y protestando, y obligandose à manifestarlos siempre que la haga, pretenda que el Juez admita la cesion, y dimision, deposite los bienes, y los distribuya entre sus acreedores con arreglo à derecho, y à este efecto implore su noble oficio. (3)

14 El quinto, que pretenda igualmente se cite, y haga saber la dimision, cesion, ò concurso à todos sus acreedores, ya sean puros, condicionales, ò à dia cierto, para que

(1) Sr. Salg. part. y cap. 1. dichos, n. 7. y sig.

(2) Ley 1. tit. 15. Partid. 5. Paz tom. 4. part. 5. cap. 5. n. 9. Acev. y Matienz. en la ley 4. tit. 16. lib. 5. Recop. Rodrig. ibi, capit. 8. n. 18. y 21.

(3) Sr. Salg. ibi, n. 13. al 16.

que en el termino que el Juez les prefina, (que segun la ley (1) debe ser à los presentes el de nueve dias por tres, y el ultimo peremptorio) usen de la accion que les competa; y pasados, se declare por bien formado el concurso; y à fin de que no le molesten, se le dé el correspondiente mandamiento de amparo. (2) En quanto à qué perjuicio se irrogará à los especialmente citados, que no comparecieron, ò comparecieron antes de la ultima sentencia, ò despues de terminado, ò acabado el juicio; y quándo han de ser, ò no oídos; vease al *Sr. Salg. parte* 1. *Labir. cap.* 8. que lo trata latamente.

15 La citacion à los acreedores se ha de hacer precisamente en esta forma: à los que existen en el Pueblo, en sus personas: à los que están fuera de la jurisdicion, y se saben sus nombres, y Pueblos en que habitan, por requisitoria: y à los ignorados, ya sea la ignorancia de sus personas, ò de su domicilio, por edictos, ò proclamas de tres en tres dias, fixandolos en los parages públicos, (3) pues no bastan estas solas para perjudicar à todos; ni la citacion general hecha por ellas está en uso, sino para los ignorados; (4) ni tampoco basta que se cite à algunos, y no à los demás pudiendo ser citados, (5) porque la division hecha sin concurrencia de todos los interesados, ò al menos sin su monicion, ò citacion, es nula, (6) y el juicio divisorio es individuo, è inseparable por su naturaleza, por lo que se debe seguir, y terminar entre todos los

(1) Ley 5. tit. 16. lib. 5. Recop.

(2) Sr. Salg. ibi, n. 27. y capit. 8. n. 26. al 37.

(3) Cancer. part. 2. Var. capit. 7. n. 24. Fontanel. de Pact. claus. 1. glos. 6. part. 8. tom. 2. n. 42. y sig. Sr. Salg. dicho cap. 8. n. 1. al 3.

(4) Sr. Greg. Lop. en la ley 42. tit. 13. Partid. 5. glos. 3. al fin. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. per tot. Rodrig. Suar. in leg. Post rem, ff. de Re judicat. vers. *Circa judicem*: num. 31.

(5) Sr. Salg. dicho cap. 1. numer. 31. al 41. Boler. de Decoction. tit. 4. quæst. 1. n. 4. al 7.

(6) Ley Si cum fratre, Cod. Res inter alios acta, ley Duo fratris, ff. de Acquirend. hæredit. ley Dudum, Cod. de Contrahend. emption. ley Cohæredibus, Cod. y ley 2. ff. Familiæ erciscund. y ley De uno quoque, ff. de Re judicat. Boler. ibi, n. 1.

los participes, (1) y asi se practica en esta Corte; previniendo, que aunque el concursante exprese que no tiene mas acreedores que los que refiere en la memoria, conviene fixar los edictos, para que si acaso se le ha olvidado alguno, como suele suceder, no pueda decir de nulidad del proceso, ni molestar à los compradores de los bienes cedidos por este defecto.

16 El sexto, que para que se admita el concurso, y estime por legitimo, verdadero, y no ficto, ni fraudulento, tenga el deudor tres acreedores à lo menos, y en el memorial que dé al tiempo de su formacion, los nombre, pues no teniendo, ò no nombrando mas que dos, no se estimará por concurso, ni el Juez se lo debe admitir. (2)

17 Y el septimo, y ultimo requisito es, que si el deudor se halla molestado judicialmente por varios Tribunales, (bien, que para hacer concurso no es necesario que lo esté, à diferencia de la simple cesion, en la qual se requeria) solicite ante el Juez, que los autos pendientes en todos se acumulen al juicio del concurso como universal, individuo, connexo, è inseparable, à fin de evitar las molestias de aquellos acreedores: previniendo, que si tiene muchos fueros, puede acudir à formarlo ante qualquiera competente, ya sea de los electos por los mismos acreedores, ò por alguno de estos, ò ante otro. (3)

18 Pero este ultimo requisito sobre acumulacion se entiende puesto aunque se omita, porque el que practica algun acto, se conceptúa hacer, y exprimir todo lo que es de su naturaleza; y las cosas que vienen por la del contrato, como inherentes, insitas, è inseparables de él, se deben suplir, sin embargo de que no se mencionen, (4) por lo que no es preciso, que al tiempo de la formacion del concurso pretenda la acumulacion, ni por este defecto se

(1) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 3. per tot.

(2) Sr. Salg. dicho cap. 1. n. 41. vers. *Aliud non est contemnendum*: y part. 3. cap. 16. num. 58. vers. *Ex iis unum obiter.*

(3) Sr. Salg. part. 1. Labir. capit. 4.

(4) Ley Emptis, al princip. ff. de Action empt. y ley Cum quis, ff. Si certum petat. Acev. en la ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. ex n. 50.

se estima mal formado, pues puede solicitarla despues, ò los otros acreedores en qualquier estado del pleito, aunque estén pasados los nueve dias legales, en que (segun expuse en el cap. 1. de este libro n. 215.) se manda proponer las excepciones dilatorias. (1)

19 Igualmente puede formarlo en la Chancillería, ò Audiencia del distrito de su domicilio por caso de Corte, porque como persona miserable le compete este privilegio, y mayormente siendo reo, como lo es, pues ninguno se puede titular mas pobre, ni miserable que el que da todo lo que tiene, y se queda sin cosa alguna para alimentarse; y aunque sus acreedores sean Clerigo, Iglesia, Escolar, ù otro esento, no gozan de privilegio contra él, por ser tambien privilegiado, y asi deben seguir su fuero como actores que son, porque nada les pide, y lo que hace unicamente es convocarlos para que repitan contra sus bienes, que les cede, y usar de esta excepcion preventiva antes que dirijan sus acciones contra él, al modo que despues de demandado lo podia practicar; de que se infiere, que si el Clerigo quiere formar pleito de acreedores Eclesiasticos, y seculares, lo debe hacer ante su Juez, y no ante el Secular, porque es incompetente, è incapaz de conocer de sus causas, y asi deben ocurrir todos alli à pedir, y deducir su derecho. (2)

20 Lo qual no milita para con el Fisco, pues éste por especial privilegio avoca, y atrae à sí todos los autos del concurso hasta que se hace pago de su credito, y despues los debuelve al Juez ordinario; y para que no llegue este caso quando su credito es indubitado, consienten los demás acreedores que se le satisfaga, à cuyo fin piden ante el Juez originario mande vender los bienes necesarios de los cedidos; pero si hay duda sobre su legitimidad, no se evita la avocacion de autos, por lo que deben disputarselo ante el mismo Juez privativo, hasta que se declare, y esté satisfecho, ò excluido. (3)

Con-

(1) Sr. Salg. dicho cap. 4. §. 3. per tot.
(2) Sr. Salg. ibi, cap. 2. y 6. (3) Sr. Salg. part 1. dicha, cap. 7.

21 Concurriendo en la formacion del concurso, y de parte del concursante los requisitos expresados, se debe admitir, y estimar legitimamente formado, y como tal surtirá los cinco efectos siguientes: el primero, que mientras se ventila, por ninguno de sus acreedores puede ser executado, ni reconvenido judicialmente. El segundo, que se hace juicio universal, è individuo, por lo que todos deben ocurrir alli à pedir; y à mas de esto los autos principiados antes de su formacion ante qualesquiera Jueces, y los que despues de formado se instauren, se deben acumular à él como à cabeza principal en el estado que tengan, para que se impida la division de la continencia de la causa. El tercero, que si el Juez del concurso expide sus requisitorias à los que conocen particularmente de las instancias movidas por algunos acreedores, à fin de que le remitan los autos obrados, y sobresean en su conocimiento, las deben obedecer, y remitirselos integros, si en ellas les hace constar que el concurso está bien formado; y por su resistencia à la remision se puede quejar de ellos al superior para que los compela à ésta, y los inhiba; pero no haciendoselo constar, no están obligados à cumplimentarlas, ni à sobresecer en su progreso. El quarto, que por él no se causa decima, ni el Juez puede exigirla de los bienes del deudor, por las razones que expuse en el cap. 2. de este libro num. 345. (1) Y el quinto, que una vez declarado por legitimamente formado, compete al concursante, ò cedente la excepcion de no estár obligado à responder en juicio à los acreedores, que fueron citados, y no pagados, aunque llegue à mejor fortuna; excepto que quedandole congrua sustentacion, le sobre algo, pues entonces lo estará (como expuse en el cap. 2. de este libro num. 161.) en quanto pueda solamente, porque la natural, y civil obligacion no se extinguen; (2) y si opone esta excepcion, impedirá la litis contestacion;

(1) Sr. Salg. dicho cap. 1. n. 42. al 44. y §. 1. per tot. y cap. 5.

(2) Ley 3. tit. 15. Partid. 5. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 1. numer. 6. vers. *Et ideo regia lex.*

cion ; (1) pero su fiador no goza de este beneficio , porque es personal , y no le está concedido el privilegio , como al concursante , y asi deberá pagar por él. (2)

22 No solo puede formar este concurso qualquiera deudor particular noble , ò plebeyo mayor de 25. años, sino el menor , Pueblo , Iglesia , Comunidad , y Universidad , que se vén gravados con deudas , y molestados por sus acreedores ; sin que el menor necesite precisa , y rigorosamente informacion de utilidad , ni licencia , y decreto judicial para hacerlo , ni la Iglesia solemnidad , ni el Pueblo Real licencia, por las razones que expone el *Sr. Salg.* en su Laberinto *part.* 1. *cap.* 1. §. 2. y *cap.* 13. y *parte* 3. *y* 5 ; pero lo mas seguro es , que no se omitan estas circunstancias , como se practíca. Previniendo , lo primero, que quien ha de pretender la licencia , y que para concederla se reciba la informacion de utilidad al menor , es su curador , y concedida que sea , formar el concurso , y dimision , y no el mismo menor ; lo qual pocas veces ocurre. Y lo segundo , que el tutor , ò curador que como tal otorga poder à favor de alguno , ya sea para esto , ò para otros actos judiciales, ò extrajudiciales , ù otro instrumento, debe manifestar al Escribano que lo autoriza el nombramiento , ò discernimiento que tiene para que lo inserte en él , ò à lo menos lo relacione puntualmente dando fé de haberlo visto , sin lo qual no debe ser admitido el poder , excepto que se presente testimonio del nombramiento con él , porque no acredita ser tal tutor , ò curador.

23 Como no debe ser preso , ni excomulgado el Clerigo por deuda puramente civil , en que no interviene de su parte dolo , fraude , ocultacion , ò sospecha de fuga, ni procede de delito , ò quasi delito , y antes bien goza del beneficio de no ser reconvenido en mas de su posibili-

(1) Ley 3. ff. de Cesion. bonor. Bart. in leg. penult. ff. eod. titul. Sr. Covar. ibi , vers. *Hæc autem exceptio.*

(2) Dicha ley 3. al fin, tit. 15. Partid. 5. y ley Hæres à debitore, §. Quod si stipulator , ff. de Fidejussorib. Rodrig. dicho cap. 8. numer. 29.

lidad, no se le ha de admitir la cesion de bienes que haga; por lo que lo que se debe practicar, y practica, es sequestrarle sus rentas, y de ellas darle, ò consignarle alimentos congruentes à su estado, y caracter; y baxados éstos, repartir el residuo entre sus acreedores segun la graduacion que legalmente les corresponda, y si no las tiene, cumple con hacer caucion juratoria de pagar quando venga à mejor fortuna. (1)

24 Debe hacerse la cesion de bienes sin que intervenga acto ignominioso al cedente: y la costumbre en contrario no vale, ni se ha de observar. (2) De ella se ha de conferir traslado à los acreedores, y si no hacen oposicion dentro de tres dias primeros siguientes al de la ultima notificacion, les ha de acusar la rebeldía el concursante, insistiendo en su primera pretension, y el Juez mandar que por segundo termino se les buelva à hacer notoria. Y si pasados otros tres despues de hecha, tampoco comparecen à decir de ocultacion, ò à oponer otra excepcion, ha de dar otro pedimento, acusandoles tambien la rebeldía, è insistiendo en la pretension de que se declare por legitimamente formado el concurso, se le dé para su resguardo el competente mandamiento de amparo; y si está en prision, que se le ponga en libertad: à cuya pretension ha de mandar el Juez que por tercero, y ultimo termino se les buelva à hacer saber la cesion, y dimision, para que dentro de otros tres dias expongan lo que les convenga, y pasados sin haber comparecido, ha de dar quarto pedimento el concursante, acusandoles la rebeldía, y pretendiendo que mediante no haber comparecido sin embargo de las tres notificaciones que se les hicieron, se declare por bien formado el concurso, y cesion: se le suelte de la prision, y se le dé el mandamiento de amparo

(1) Ley 23. tit. 6. Partid. 1. cap. Odoardus, de solutionib. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 17. n. 4. 6. 17. y sig. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 1. n. 9. Baez. de Inope debitore, cap. 17. per tot. Rodrig. de Execution. dicho cap. 8. n. 33. y 34.

(2) Rodrig. cap. 8. cit. n. 20. Matienz. en la ley 4. tit. 16. lib. 5. glos. 2. n. 7.

paro; à cuya solicitud debe el Juez decir: *Autos citadas las partes*: y pasados tres dias despues de la ultima notificacion, deferir à la pretension del concursante, nombrar defensor de éste, y del concurso, depositario de los bienes, y administrador, y cobrador, si fuere necesario, en la forma que en el num. 26. y siguiente expondré; y si resulta que penden autos contra el concursante ante otros Escribanos, y Jueces, y lo pide éste mandar à los referidos Escribanos que vayan à hacer relacion de ellos, y acumularlos al juicio universal. Y se previene que no solo se deben hacer notorios los tres autos à los acreedores presentes, sino fijarse al mismo tiempo edictos llamandolos por primero, segundo, tercero, y ultimo, y peremptorio termino de tres en tres dias utiles, quedando los originales en los autos, y llamando à los ausentes, è ignorados. Y si alguno conocido existe fuera de la jurisdicion, se le debe citar por medio de requisitoria, prefiniendole el competente segun la distancia por tres plazos, y el ultimo tambien peremptorio para que comparezca, haciendo en ella la relacion competente, è insertandose para documentarla el pedimento, y memoriales producidos con él, sin que sea necesario mas citacion; pero aunque hayan espirado los terminos señalados à los acreedores presentes, no se ha de declarar por bien formado en este caso el concurso hasta que se debuelva evacuada la requisitoria, y esté pasado el prescripto en ella el ausente, por si viene à deducir alguna cosa contra su formacion.

25 Oponiendose algun acreedor à que se declare por bien formado el concurso, exponiendo haber ocultado bienes el concursante, ò gozado de espera que se le concedió, ù otro motivo obstativo, se ha de controvertir con éste, y con él la instancia, y recibirla à prueba sumariamente: y por rebeldía de los demás que no auxilian la oposicion, se han de substanciar los autos en estrados hasta la sentencia, en que se declare haber, ò no lugar à la formacion; y mientras se ventila, si está preso ha de subsistir en la prision. Y si en el memorial de bienes inclu-

cluyó algunos que existian depositados en su poder, se ha de practicar lo que en el num. 122. del cap. 2. de este libro dexo expuesto.

26 Declarado por bien formado el concurso, deben todos los acreedores, ò la mayor parte en cantidad, y no en personas nombrar por su cuenta, y riesgo administrador que administre, cuide, y custodie fielmente los bienes, y creditos cedidos, y cobre sus rentas, y lo demás que se esté debiendo al concursante, y el Juez lo ha de aprobar, y confirmar, siendo apto, y cesante todo fraude y colusion, pues la convencion de las partes siempre debe serle grata, como dice el derecho; (1) pero ningun oficial, ni dependiente de su Juzgado puede serlo, por falta de idoneidad, à causa de estarles prohibido. (2) Y si todos los bienes son muebles, se nombra solamente depositario, porque no hay que administrar, ni arrendar.

27 Si no cuidan de elegirlo, debe pedir el defensor nombrado que se les mande; y si habiendoseles mandado, no lo eligen dentro de tercero dia, puede proponerlo al Juez; de cuya propuesta les ha de comunicar traslado. Si nada responden dentro de otro tercero dia, ha de insistir el defensor en su nombramiento, acusandoles la rebeldía, y el Juez haberla por acusada, mandando se les buelva à hacer saber el traslado, apercibiendoles que si dentro de otros tres dias no lo evaquaren, deferirá à la solicitud del defensor, y les parará el perjuicio que haya lugar. Y si tampoco usaren del traslado, bolverá el defensor à acusarles la rebeldía, è insistir en su nombramiento, y el Juez la habrá por acusada, y llamará los autos; y pasados otros tres dias despues de citados los acreedores con este ultimo auto, deferirá à la pretension del defensor *por cuenta, y riesgo de los acreedores*; (cuya qualidad debe llevar tambien el de aprobacion, en el caso de que

(1) Ley in Venditionem 8. ff. de Rebus authoritat. judic. possidend. ley 1. §. Inde quæritur, ff. de Novi operis nuntiation. y ley 2. ff. de Curatore bonis dand. Sr. Salg. par. 1. Labir. cap. 13. n. 14. al 19.

(2) Sr. Salg. ibi, n. 23. y 24.

que propongan por sí, ò se conformen con el propuesto por el defensor) y en el mismo auto mandará al administrador, que ante todas cosas dé fianzas suficientes hasta en la cantidad correspondiente à lo que ha de entrar en su poder, ò con bienes suyos raices libres, quantiosos, y determinados, que hipoteque, y aseguren la responsabilidad de todo, y se obligue à administrar los concursados, como debe; dar quenta con pago siempre que se le mande, y practicar lo demás concerniente à su conservacion, y utilidad. Y dadas que sean, y consentidas por el defensor, y acreedores, ò en su rebeldía aprobadas de oficio por el Juez, (pues debe comunicarselas à fin de que expongan los reparos que se les ofrezcan, y sin su audiencia no proceder à su admision, y aprobacion) le ha de expedir el titulo de tal, confiriendole poder amplio en él para administrar, y arrendar los bienes del concurso, percibir, y recaudar sus rentas, y creditos que le correspondan, y seguir pleitos sobre su cobranza, y demás anexo à la administracion, con facultad de subtituirlo por su cuenta, y riesgo en quien, y las veces que quisiere, revocar unos substitutos, y elegir otros: con cuyo titulo se ha de requerir à los arrendatarios del distrito del Pueblo del juicio: y à los de fuera de éste por medio de requisitoria, para que le acudan, y no à otro con lo que estén debiendo, y debieren en lo succesivo, pena de bolverlo à pagar haciendo lo contrario.

28 Este administrador es lo mismo que un depositario, y curador adbona: sus facultades se circunscriben, y limítan à la nuda administracion, locacion, custodia, gobierno, conservacion, y beneficio de los bienes concursados, percepcion, y recaudacion de sus productos, venta de sus frutos à los tiempos oportunos, y mas utiles al concurso, y paga de lo que el Juez le mande, (pues de su propia autoridad à ningun acreedor debe hacerla) y este es su oficio, y no otro; por lo que puede mover los pleitos concernientes al cobro, conservacion, y beneficio de los bienes, mas no hacer compromisos, transacciones, remisiones, trueques, ni donaciones, ni intentar las acciones tocantes à su propiedad, dominio, y posesion, por-

que esta facultad no se transfiere en él, y por lo mismo no es, ni se le debe estimar parte para ello, pues compete su instauracion al defensor del concurso, y à sus acreedores, de cuyos intereses se trata, para que no se disminuyan, ni defrauden; (1) ni tampoco mezclarse en disputarles la calidad, legitimidad, y prelacion de sus creditos, ni en otra cosa alguna. En quanto à si puede, ò no comprar por sí, ò por interposita persona los bienes del concurso, vease al *Sr. Salg. part.* 1. *Labir. cap.* 13. §. 2. que trae quatro casos, en los quales no le está prohibido; pues por no importar al Escribano omito expresarlos.

29 Electo el administrador, han de pedir los autos los acreedores, tomarlos, y producir los documentos que califiquen sus creditos, pretendiendo se les prefiera, y excluya à los ilegitimos; y los autos se han de entregar al que primero los pida, porque este juicio es de los que llaman *duplicados*, ò *mixtos*, en los quales todos son actores, y reos, y asi no hay prelacion en el orden de tomarlos. De lo que respectivamente pretenda, y alegue cada acreedor, se debe conferir traslado à los demás, y al defensor hasta que todos respondan à todos, y luego si uno, ò mas concluyen sin replicar à las pretensiones de los otros, y hay algun traslado, ò traslados sin evaquar, se da tambien traslado de las conclusiones, y manda que corran los anteriores no evaquados, hasta que concluyen todos, ò la mayor parte en numero de personas, pues para el orden, y substanciacion del juicio se atiende solamente à estas, porque en él, tan parte formal es el de corto credito, como el de mayor, y à veces suele tener mejor derecho. Y si buelven los autos sin responder, ò no los toman, se les acusa la rebeldía por alguno de los que concluyeron, ò por el defensor; el Juez lo há por acusada, y los autos por conclusos para los efectos que haya lugar, (pues asi se debe pretender) y despues recibe el pleito à prueba en la forma ordinaria, porque este juicio lo es; hace cada uno su probanza, y pasado el termino probatorio, y hecha

(1) Sr. Salg. dicho cap. 13. n. 38. al 53.

cha publicacion, alegan de bien probado, y de su derecho, y justicia, y se concluye, ò han por conclusos los autos en iguales terminos para difinitiva; y vistos los sentencia, dando à cada uno el lugar que le corresponde para ser pagado; y executoriada la sentencia, ò pasada en autoridad de cosa juzgada, se hace el pago à cada acreedor en virtud de libramiento del Juez, dando previamente la fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma que explicaré en el num. 32.

30 Del pedimento que cada acreedor presenta con los documentos de legitimacion de su credito, y de su probanza se debe hacer pieza separada, como tambien de los libramientos que se despachen; pero los que conciernen à la substanciacion del juicio universal, (que son todos los demás) se han de poner en la general del concurso, è igualmente la sentencia de graduacion, la qual se debe notificar à todos los acreedores, y defensor judicial.

31 Se debe hacer pieza separada igualmente de cada incidente que ocurre, y haya de substanciarse, y determinarse con separacion. Y se advierte al Escribano, que si por *Otrosí* del escrito sobre lo principal pretende algun acreedor, ò el defensor alguna cosa, que requiera previo, y separado examen, y decision, se ha de comunicar traslado de ella à los demás, y mandar de oficio el Juez, que para que no cese el curso en lo principal del juicio, se haga pieza separada, y que el Escribano originario, à costa del mismo acreedor, (pues debe pedir con separacion, y no por Otrosí, confundiendo unas pretensiones con otras, lo qual es malicioso) ponga por cabeza de la pieza testimonio à la letra del Otrosí, y auto, con la relacion competente; y de esta suerte, ni se suspende, ni retarda la prosecucion del juicio sobre la preferencia, ni hay confusion en las pretensiones, ni se invierte el orden de substanciarlas.

32 Es apelable la sentencia de graduacion, como otra qualquiera dada en primera instancia: por lo que se debe admitir en ambos efectos su apelacion à qualquiera acree-

dor que la interponga dentro del termino legal; pero la que profiera el superior en vista, confirmandola, ò revocandola, se ha de executar sin embargo de suplicacion, y en su virtud ser pagados por el orden que contenga los acreedores, dando antes de serlo fianza depositaria, (que llaman *de acreedor de mejor derecho*) *de restituir lo que cobren, si la sentencia se revocare en grado de revista*, pues asi lo manda la ley en este caso. (1) Y tambien se debe dar, aunque en revista se executorie la sentencia antes de executarse, por si acaso sale algun acreedor que tenga mejor derecho que todos, ò algunos de los pagados, y por ignorar el concurso, no compareció en él, en cuyo caso ha de contener la fianza esta expresion, y en el anterior la que queda referida, pues la Escritura perjudica à los presentes, mas no à los ignorantes que no fueron oídos; ni les quita el derecho que tienen contra los bienes del deudor comun, ni la preferencia à los demás; y lo mismo procede quando todos los acreedores que han ocurrido, la consienten expresamente, ò por nada decir contra ella, se declara por pasada en autoridad de cosa juzgada à instancia de alguno de ellos, ò del defensor: y en estos terminos se debe entender lo que expliqué en el cap. 4. §. 5. num. 148, y la que estendí en su §. final num. 186. de mi primera parte; lo que advierto al Escribano para que no confunda los casos.

33 En el concurso controvierten los acreedores entre sí no solo sobre la preferencia en el pago de sus creditos, sino sobre su calificacion, y legitimidad, porque se interesan los verdaderos en que se excluyan los ilegitimos, y haya menos à quienes pagar. Y para instruccion del Escribano le advierto que deben justificarla por otros medios, que el del reconocimiento del papel, ò confesion del concursante, pues aunque ésta prueba el debito, se entiende contra aquel, que en virtud de ella se perjudica, (2) y

(1) Ley 12. tit. 16. lib. 5. Recopil.

(2) Cap. 1. y 2. de Confes. y cap. Per inquisitionem, de election.

y queda eficazmente obligado; (1) mas no contra los acreedores, porque se presume ficta, dolosa, y hecha con deliberado animo de elidir su derecho, como he sentado en el cap. 2. de este libro num. 24. Y sin embargo de que conste por vale, no lo califica de legitimo, porque con facilidad se puede anteponer en él la fecha, y perjudicarlos: por cuya razon el que de otra suerte no lo acredita, no se debe numerar entre los legitimos, y verdaderos; (2) y mucho menos despues de hecha la cesion, porque entonces como decocto, fallido, y privado de la administracion de sus bienes, ni puede confesar debitos, ni reconocer Escrituras privadas en detrimento de ellos. (3)

34 Se limíta lo expuesto en el numero inmediato, quando con la confesion concurren otros adminiculos que desvanecen la presuncion de fraude, pues entonces se estimarán por creditos reales, y verdaderos; (4) por lo que si el acreedor tiene vale firmado por el deudor, y por tres testigos, y à mas del reconocimiento de aquel interviene el de éstos, que contestes deponen del tiempo, lugar, y substancia del debito, y de la confeccion del vale à su presencia, no solo será reputado por acreedor verdadero, justificandolo todo, sino preferido à los escriturarios posteriores, por la razon que en el num. 131. expondré. (5)

35 Sin embargo de que el deudor haya hecho la cesion de sus bienes, y formado concurso de acreedores, puede arrepentirse, seguir contra éstos su derecho, liquidar el credito de cada uno, è impedir la venta de aquellos. (6) Lo qual milíta, y se entiende, con tal que la cosa esté inte-

(1) Ley unic. Cod. de Confes. ley Cum te, Cod. de Transaction. y ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(2) Ley Duobus, §. 1. ff. de Jurejurand. et ibi Jason. Aflict. decis. 245. Mascard. de Probation. conclus. 372.

(3) Sr. Salg. part. 3. Labir. capit. 13. n. 13. al 24.

(4) Sr. Noguerol alleg. 32. n. 23. Sr. Castill. tom. 5. Controv. cap. 111. n. 10.

(5) Ley Scripturas 8. Cod. Qui potiores in pignor. habeant, y ley 31. tit. 13. Partid. 5.

(6) Ley Si quantitatem 2. Cod. Qui bonis cedere possunt, ley 1. qui bonis 3. y ley Quem pœnitet 5. ff. de Cession. bonor. y ley 2. tit. 15. Partid. 5.

tegra, (que se dice estarlo antes que acepten la cesion, y ocurran al concurso,) mas no despues de contestado, si los acreedores lo resisten, excepto que les pague. (1) Y asimismo podrá practicar todos los actos honorificos anexos à los bienes sequestrados, v. g. nombrar Jueces, presentar beneficios, exercer jurisdicion, y otros semejantes que no competen al administrador del concurso. (2)

36 Si el deudor antes que haga cesion de bienes, ò antes que sus acreedores tengan la posesion de ellos, pagare su credito à alguno, no podrán revocar el pago los otros que instan despues por el suyo, y son igualmente privilegiados, aunque los demás bienes no alcancen para ellos; pero despues de hecha la cesion, ò de metidos en la posesion, à ninguno puede hacer el pago, y si lo hace, lo pueden revocar, y el que tomó el dinero, será obligado à restituirselo. Y lo mismo procede, siendo mas privilegiados los no satisfechos de los suyos, (3) pues carece de potestad para perjudicar à estos antes, ni despues de hacerla.

37 Aunque el deudor por la cesion, y dimision que hace en manos del Juez, se abdica, y desprende no solo de los bienes que tiene, sino tambien de su administracion, y enagenacion, de modo que ni puede usar de ellos, ni mezclarse en cosa alguna, por no ser parte, y por haberse privado de todo de su propia voluntad, y quasi contraído con sus acreedores; ni tampoco dividirlos entre estos: no pierde por eso las acciones activas, y pasivas, ni su dominio, ò propiedad mientras está pendiente, y hasta que se subastan, y distribuyen; (4) bien que esto lo explí-

(1) Glos. in dict. leg. 2. Cod. Qui bonis, Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 16. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 1. quæst. 1. n. 42. Boler. tit. 3. quæst. 3. n. 3. al 5.

(2) Roc. de Decoct. mercator. not. 53. n. 158. y 159. Corras. libr. 3. Miscellaneor. cap. 2. n. 16. y sig. Boler. de Decoction, tit. 3. quæst. 3. n. 7.

(3) Ley Quod autem 6. §. Sciendum, 7. ff. Quæ in fraudem creditor. ley Ex facto, 52. ff. de Peculio, y ley 9. tit. 15. Partid. 5. y en ella el Sr. Greg. Lop. glos. 1. y 3.

(4) Boler. tit. 4 quæst. 2. n. 14. y 15. Sr. Salg. Labir. part. 1. cap. 14.

plica bien *Bolero tit. 4. quæst. 2. ex num. 8.* hasta el fin, conciliando à los Señores *Salgado, y Olea*, à quienes puede ver el Legista.

38 Siendo Duque, Conde, Marqués, Varon, ù otra persona constituída en dignidad con jurisdiccion el concursante, se le deben consignar, y dar los alimentos precisos con preferencia à sus acreedores, y del residuo de las rentas de los bienes concursados pagar à aquellos sus creditos, pues no tienen derecho à la consignacion, ni potestad de impedirla. Lo propio se practica con la Ciudad, Pueblo, Iglesia, y Universidad, porque gozan del beneficio de no poder ser reconvenidos en mas de su posibilidad, baxada su congrua sustentacion; pero no con el poseedar de mayorazgo simple sin dignidad, pues aunque sea noble, no le competen alimentos, por no estarle concedido el privilegio que à los referidos, ni militar igual razon, (1) como en el num. 162. del cap. 2. de este libro he sentado.

§. II.

DE LA OCURRENCIA, O PLEITO de acreedores, sus clases, hipoteca, y prelacion.

39 EL segundo genero de concurso es el que se causa, y promueve por los mismos acreedores, sin que los convoque, ni à él concurra el comun deudor, sino antes bien con total independencia suya, v. g. quando uno pide execucion contra él, y los demás comparecen en el juicio, oponiendose à que sea pagado antes que ellos: ò quando por haber muerto, presentan sus creditos en el juicio de su testamentaría, y cada uno solicita la prelacion del suyo en el pago: ò quando ocurren pidiendo con-

(1) Sr. Covar. lib. 2. Var. capit. 1. n. 6. Sr. Salg. ibi, cap. 24. Surd. de alim. tit. 8. privileg. 28.

contra sus bienes, por haber hecho fuga, ò quiebra. Y este se llama *concurso necesario*, y con propiedad *pleito, ù ocurrencia de acreedores*, el qual es de naturaleza diversa, è inferior al verdadero; pues aunque por la oposicion se induce la indivision de la continencia de la causa, se restringe solamente à los que comparecen en él, y no se amplía à los demás, sin embargo de que estén litigando contra el deudor en otros Tribunales; y asi es juicio particular entre aquellos, y no universal. (1)

4o Se diferencia este concurso del general, y verdadero, lo primero en su naturaleza, por ser diversa, è inferior, como queda expuesto. Lo segundo, en que proviene de causa distinta, porque aquel procede del deudor comun, por lo que es universal, y éste de los acreedores solamente, y por eso es particular entre ellos. Lo tercero en los efectos, porque en el primero todas las causas movidas antes, y que despues se instauren, se deben cumular precisamente à él como cabeza en el estado que tengan, aunque el Juez ante quien se forme, de ninguna conozca, porque los miembros no han de estár separados del cuerpo, y cabeza; pero en este no, antes bien se han de seguir, y determinar por el que en ellas entiende respectivamente, y solo para su reintegro han de ocurrir con su mandamiento de pago à la ocurrencia el acreedor, ò acreedores que las han movido, porque en ella están los bienes, por alli se les ha de hacer, y ser graduados por él, y no por los que conocieron respectivamente de cada una. Y aunque por el mandamiento de pago no se acredita la legitimidad del credito para efecto de perjudicar à los demás acreedores, por no haber seguido con ellos el juicio sobre prelacion, se estima no obstante por legitimo, y si hay alguna duda, se presenta con él la Escritura original que lo motivó, à cuyo fin se saca de los autos, dexando copia en ellos con la competente nota. Y si se pide acumulacion de autos pendientes ante diversos Jueces, y Escribanos, ò ante un Juez, y diversos

(2) Sr. Salg. part. 1. cap. 4. §. 1. n. 30. al 33.

sos Escribanos, se debe hacer al que tomó primero el conocimiento, como con otros afirma el *Sr. Salg. Labir. part.* 1. *cap.* 4. *ex n.* 34. *al* 42. pues la misma razon milita entre Escribanos que entre Jueces. Lo qual entiendo, quando varios acreedores ocurrieron respectivamente por distintas Escribanías; pero no, quando comparecieron v.g. tres ante un Juez, y Escribano, y otros tres, ò mas ante distintos Jueces, ò Escribanos, pues en este caso, de que no habla el *Sr. Salg.* me parece que los juicios particulares aunque sean anteriores en tiempo, deberán cumularse à la audiencia del Juez, ò Escribanía ante quien ocurrieron los tres, porque estos forman ocurrencia, y como mayor parte atrae à sí la menor, y no se debe dividir la continencia de la causa universal. Lo quarto, en que en este concurso no concede el derecho al deudor el beneficio, y excepcion que en aquel. Y lo quinto, en que en este no hay memoriales de bienes, ni acreedores, ni à instancia del deudor se convocan, ni citan, ni se fijan edictos, ni tampoco se nombra regularmente defensor; y en el otro sí: bien que quando se forma por muerte, fuga, ò quiebra, y se ignora qué acreedores tiene, se debe nombrar de oficio, y llamarlos por edictos, y asi se practica. Y convienen ambos concursos en que en lo concerniente à la substanciacion del juicio sobre legitimidad, y prelacion de creditos, su graduacion, pagos, inventario, ò sequestro, deposito, y administracion de bienes, se observan las propias reglas en uno que en otro.

41 Con lo que queda explicado me parece se podrá tinturar el Escribano principiante del modo de formar, y substanciar la cesion de bienes, o concurso voluntario, y verdadero, y la ocurrencia, ò pleito de acreedores, y distinguirá la diferencia que media entre los dos. Paso ahora à darle alguna idea de las clases que hay de acreedores, y quáles tienen, ò no hipoteca tácita en los bienes de su deudor, y deben, ò no ser preferidos en la graduacion, y pago de sus creditos; pues aunque no lo ha de juzgar, por no ser éste su oficio, no le dañará el saberlo, al modo que otras especies particulares, que para que no sea repu-

tado por absolutamente idiota, ni por consiguiente despreciado, como con justa razon lo son los ignorantes, è inaplicados, dexo apuntadas en los capitulos de esta segunda parte, y de la primera, y de muchisimos son ignoradas. Y procediendo à su exposicion, digo que en el derecho se conceptúan tres clases de acreedores, à saber: unos *hipotecarios*, *ò reales con privilegio de prelacion*, *ò sin él*: *otros mere personales*, *ò chirografarios*: *y otros personales privilegiados* sin hipoteca. Y tambien hay otros mixtos de reales, y personales, porque à la satisfaccion de sus creditos están obligados la persona, y bienes del deudor. (1) Previniendo, que como por la hipoteca compete al acreedor accion real, para perseguir la cosa hipotecada, y por el mero privilegio accion personal contra la persona del deudor, se sigue de esto, que el privilegio cede à la hipoteca, y que ésta hace callar à los acreedores de accion personal. (2)

42 Los hipotecarios, ò reales son aquellos, à cuyos creditos están ligados especial, ò general, tacita, ò expresamente, y son responsables los bienes del deudor. Omito expresar lo que es prenda, è hipoteca, y sus quatro clases, à saber: *convencional*, *legal*, *pretoria*, y *judicial*; qué bienes pueden, ò no ser obligados, ò empeñados; y quáles se incluyen, ò no en la obligacion general, por tenerlo explicado en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. tom. 2. desde el num. 54. al 68. y tocado algo en el segundo de este libro num. 85. al 89. adonde, y al Autor de la *Cur. Philip. lib.* 2. *Comer. terr. cap.* 3. y à los que cita, remito al lector.

43 Los *mere personales* son los que hacen constar sus creditos por uno de quatro medios, à saber: vale, quenta, ò papel simple del deudor, (por lo que se llaman *chirografarios*) confesion de éste sin papel alguno: informacion de testigos: ò Escritura pública, en que no intervie-

(1) Boler. tit. 5. quæst. 1. n. 5. y sig.

(2) Ley Eos 9. Cod. Qui potiores in pignor. ley 9. tit. 4. y ley 11. tit. 14. Partid. 5.

viene obligacion general, ni especial de sus bienes. Y los *personales privilegiados* son los que por derecho tienen privilegio para ser pagados de sus creditos con prelacion à otros, v. g. el Parroco por sus diezmos, el Magistrado por su sueldo, el Fisco por su haber, el dueño de lo depositado por su deposito, &c. (1)

44 De los hipotecarios unos tienen hipoteca *expresa*, y otros *tacita*, ò *legal* en los bienes del deudor. Los que la tienen expresa, se llaman *convencionales*, porque éste por su convenio, y con palabras expresas los obliga generalmente todos, ò especial, y señaladamente algunos à la satisfaccion de sus deudas. Y los que la tienen tacita, son los que aunque el deudor no obligue especial, ni generalmente sus bienes, tienen derecho contra ellos, porque quedan obligados por disposicion de las leyes, y por esto se llama hipoteca legal. (2)

45 La misma fuerza, derecho, y potestad tiene la hipoteca tacita que la expresa: por lo que siempre que sea anterior, ha de ser preferido (regularmente hablando) el acreedor à quien compete, al que la tenga posterior en los bienes del deudor, y no sea privilegiado. (3) Y no solo se contrae en ellos, sino en sus frutos como legal, porque estos provienen de las propias hipotecas, ò fincas que los producen, y como accesorios siguen su naturaleza, y por consiguiente se entienden obligados tacita, ò legalmente. (4) Pero no se entienden obligados los bienes del heredero del contrayente en la obligacion general que constituya, excepto que se exprese, ni tampoco los que el heredero adquiera. (5)

46 Se comprenden ligados, y sujetos à la responsabili-

(1) Boler. de Decoction. tit. 5. quæst. 3.

(2) Ley 1. tit. 13. Partid. 5.

(3) Ley Item quia 4. ff. de Pact. y ley Licet 6. ff. In quibus causis pignus, vel hipotheca, Vela dissert. 26. n 37.

(4) Ley Si convenerit 18. §. Si fundus, ff. de Pignoratit. action, ley Grege 3. ff de Pignor. ley Quamvis 3. Cod In quibus causis pignus, vel hipotheca, Sr. Greg. Lop. en la 14. tit. 13. Partid. 5. glos. 3.

(5) Ley Paulus 29. ff. de Pignor.

lidad del debito en esta hipoteca tacita los bienes presentes, y futuros del deudor, como en la expresa. El que la contrae, queda obligado à todo. Su acreedor puede proceder contra ellos sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos, y acciones con preferencia à los posteriores en qualquiera especie de credito. (1) Y está concedida à la Iglesia, Fisco, muger casada, Hospital, Republica, menores, marido, hijos, y herederos legitimos, y estraños de la muger, y à los legatarios, refeccionario, y locador: y de los bienes en que todos estos la tienen, ò no, y por qué contratos, paso à explicarlo por el orden expuesto.

47 Compete à la Iglesia por sus diezmos en las cosas de que se deben: (2) en los predios, ò heredamientos de que se pagan, (3) porque la obligacion de satisfacerlos es real, y sigue el predio, el qual queda hipotecado à su solucion, y pasa con la carga al tercero poseedor: (4) y en los demás bienes del que los adeuda: (5) como tambien en los de su Prelado, ò administrador por la administracion de los suyos, desde que entraron en ella, y empezaron à usarla. (6)

48 La tiene el Fisco en la cosa que se vende, cambia, ò permuta, por la alcabala, y demás derechos que se causan en todo caso, y tiempo, pues para con el Rey jamás prescribe el derecho de exigirla; y por los tributos Reales, personales, ordinarios, y extraordinarios en los bienes del que los debe, y en los que sus herederos hubieron de

(1) Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 17. n. 6.

(2) Ley fin. tit. 20. Partid. 1.

(3) Abb. y Juan Andres in capit. Cum homines, de decim. Negusanc. de Pignorib. part. 2. membr. 4. n. 126.

(4) Barbos. de Jure Ecclesiæ lib. 3 cap. 26. § 4 n. 19. y de Offic. Parroch. cap. 28 §. y n. dichos. Franch. decis. 107. n. 11. Gamm. decis. 145. Sr. Castill. de Tertiis, cap. 2. n. 17.

(5) Sr. Covar. lib. 1. Var. capit. 17. Sr. Greg. Lop. en la ley 23. tit. 13. Partid. 5.

(6) Cap. Illud 12. quæst. 2. cap. Lator 2. quæst. 8. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 23. glos. 4. vers. Bona etiam: Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3. n. 21.

de él en vida por qualquier titulo. (1) Tambien la tiene en los de los que contratan con él, y en los de sus tesoreros, administradores, cobradores, y recaudadores de su Real Haber, y asimismo en los de sus fiadores, y abonadores. (2)

49 A la muger casada compete el privilegio de tacita hipoteca (que es Real, por ser concedido mas à la misma accion dotal, que à la persona,) para recuperar su dote verdadera, y no putativa, contra los bienes de su marido desde que la recibe; pero no, quando se pide la dote en fuerza de legado, ù otro titulo. (3) Tambien le compete por sus bienes paraphernales, desde que los entrega, y no antes, ni en otra forma; (4) por las arras, desde que se las promete: (5) y por los alimentos que debe darla: (6) mas no por su mitad de gananciales, porque ningun derecho se la concede. (7)

50 Está concedida al Hospital en los bienes de su administrador por lo tocante à la administracion de los suyos, desde que principió à exercerla, para poderle demandar, y exigir de ellos el alcance líquido que contra él resulte. (8) Y lo mismo procede para con la Republica en los

(1) Ley Imperatores 7. ff. de Publican. et vectigal. ley 25. tit. 13. Partid. 5. y ley 8. tit. 18. lib. 9. Recop. Boler. titul. 5. quæst. 13. n. 3.

(2) Ley Si qui mihi, 28. ff. de Jure fisci. leyes 1. y 2. Cod. In quibus causis pignus, vel hipotheca tacite: y ley 25. al fin. tit. 13. Partid. 5.

(3) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. y ley Assiduis, Cod. Qui potiores in pignor. Boler. tit. 5. quæst. 3. n. 1. Van. de Credit. cap. 4. quæst. 11. n. 1064.

(4) Ley 17. tit. 11. Partid. 4.

(5) Ley Ubi adhuc 29. Cod. de Jure dot. ley Assiduis 12. §. Hæc autem, Cod. Qui potiores in pignor. Sr. Gr. Lop. en la 23. cit. glos. 2. al fin. Gom. en la 50. de Toro. n. 41. y 78.

(6) Merlin. de Pignor. lib. 1. tit. 3. quæst. 5. n. 36. Gutier. de Matrimon. part. 1. cap. 45. n. 5. Surd. de Alim. tit. 8. quæst. 49. num. 16.

(7) Sr. Covar. lib. 1. Var. capit. 7. n. 5. Ciriac. controvers. 281. Sr. Castill. de alim. cap. 66. Boler. tit. 5. quæst. 5. n. 7.

(8) Barbos. de Potestat. Episcop. part. 3. alleg. 7. num. 37. ley Orphanotrophos 32. Cod. de Episcop. et Cleric. Sr. Castill. de Alim. cap. 7. Ciriac. controvers. 530. Ball. in leg. Si quis Presbyter 20. Cod. de Episcop. et Cleric. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3. n. 22.

los del que administra sus caudales, por igual razon, desde el propio tiempo, y no antes: y desde entonces les toca la prelacion; como tambien à la Comunidad, Fisco, Iglesia, y menor por la de los suyos. (1)

51 No solo compete la hipoteca tacita al menor de 25. años contra los bienes de su tutor, sino contra los de sus herederos, y fiadores por el alcance líquido que contra él resulte en la administracion de su tutela, pues desde el tiempo que la admitió quedan responsables à su satisfaccion, y à la del perjuicio que le irrogue por su mala versacion en ella; lo qual se entiende, aunque su madre, y abuela sean sus tutrices; y tambien le compete en los de su curador ad litem. (2) Y si su madre siendo su tutora, se buelve à casar, à mas de perder la tutela, quedan obligados tacitamente à la responsabilidad de ésta no solo sus bienes, sino los de su nuevo marido, hasta que le dén cuenta con pago. (3) Pero no le compete en los del Juez, ò Magistrado que nombró al curador: ni tampoco al tutor en los de su menor, porque no lo dice el derecho, y esta hipoteca no se induce sino en los casos expresos en él. (4)

52 Por la dote prometida al marido con su muger antes de casarse le compete la misma hipoteca (verificado que sea el matrimonio, y no antes) en los bienes del promitente, desde que le hizo la promesa: (5) previniendo que éste no puede evitar, ni evadirse de la hipoteca, una vez ofrecida la dote, aunque proteste que sus bienes no quedan obligados à su responsabilidad; à menos que el marido lo consienta. (6) Cor-

(1) Leyes 23. y 25. tit. 13. Partid. 5. glos. in leg. fin. Cod. de Debitorib. civitat. Juan de Platea en la ley 2. Cod. de Jure republic. Cur. Philip. dicho cap. 3. n. 23. y cap. 12. n. 43.

(2) Ley 1. ff. de Tutel. ley Hac editali, §. penult. Cod. de Secund. nupt. ley Pro officio 20. Cod. de Administrat. tutor. ley de Creationibus 27. Cod. de Episcopali audient. ley 23. tit. 13. Partid. 5. et ibi, glos. 4. y 5. y ley ultim. al fin, glos. 6. 7. y 8. tit. 16. Partid. 6. Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 16.

(3) Ley 26 tit. 13. Partid. 5.

(4) Surd. de Alim. tit. 9. quæst. 44. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 137. n. 55.

(5) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7.

(6) Barbos. en la ley 1. part. 3. ff. Solut. matrimon. n. 27. vers. *Tertio.*

53 Corresponde la propia hipoteca à los hijos legitimos en los bienes de su padre por los suyos adventicios que entraron en su poder, y administró; la qual empieza desde que los recibe. (1) Y si su padre se los enagena, quedan obligados los suyos à responder de su valor, de tal suerte que despues de su muerte pueden los hijos repetirlo del comprador, haciendo previa excusion en los paternos, y no en otra forma; pues primero se han de pagar sus deudas, y por consiguiente deben reintegrarse de la suya, y si hubiere para su reintegro, aunque nada les quede que heredar, no tienen accion contra el comprador. (2)

54 A los herederos de la muger casada ya sean legitimos, ò estraños, y à los cesonarios, y particulares succesores compete igualmente hipoteca tacita en los bienes de su marido por el importe de la dote que llevó à su matrimonio: y à los hijos legitimos habidos en éste no solo compete el privilegio de tacita hipoteca, sino tambien por razon de la sangre el de prelacion à otros acreedores de su padre que la tengan, aunque sea anterior, pues como personal se les transfiere, porque se les conceptúan una persona con su madre para este efecto; (3) pero no à los herederos estraños. En quanto à si cediendo la muger à alguno la accion dotal que la compete contra su marido, se transferirá en el cesonario con su privilegio, vease al *Sr. Olea de Ces. jur. tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 10. *y sig.* y à *Boler. tit.* 5. *de Decoction. quæst.* 8. *num.* 4. hasta el fin, y se instruirá el Lector radicalmente en ésta, y otras especies utiles.

55 A los hijos legitimos compete tambien no solo en los

(1) Ley 24. tit. 13. Partid. 5. et ibi, Sr. Greg Lop.

(2) Dicha ley 24. ley 1. Cod. de Bonis matern. y ley Cum oportet 6. Cod. de Bonis, quæ liberis. Merlin de Legitim. lib. 4. tit. 2. quæst. 7. n. 19.

(3) Ley unica Cod. de Privileg. dot. ley unica §. Et ut plenius, vers. *Sicut enim*, Cod. de Rei uxoriæ action. ley 13. §. 3. ff. de Fundo dotal. ley Etiam 18. ff. Solut. matrimon. ley Assiduis, §. Exceptis, Cod. Qui potiores in pignor. y ley 33. tit. 13. Partid. 5.

los bienes de su padre, sino en los de su madre por el importe de las arras, y donaciones que ofrecieron, ò hicieron, y hubieron uno de otro por titulo lucrativo en virtud de testamento, ù otra ultima disposicion, ò de contrato entre vivos, en caso que el viudo se buelva à casar, y no de otra suerte, pues están obligados à reservarles su propiedad. (1) Y lo mismo procede por lo que hubieron de algun hijo de aquel matrimonio, que haya muerto intestado sin succesion. Sobre todo lo qual vease lo explicado en el §. 23. del cap. 1. de mi primera parte, y especialmente el cap. 5. del lib. 2. de ésta, en donde trato de la materia de reservacion con bastante claridad, y extension.

56 El legatario tiene hipoteca tacita en los bienes del testador por el legado que le hizo, la qual empieza desde su fallecimiento. (2) Pero es de advertir que los legados pios se prefieren à los que no lo son por el fin de su destino, excepto que el testador disponga lo contrario, ò se infiera de su voluntad; (3) y que para que el legatario pueda percibir el legado, no ha de tener prohibicion legal de serlo, ni ser hecho en ultima enfermedad al Confesor del testador, ni à su Iglesia, ò Convento, ni pariente, como he sentado en el cap. 2. de este libro, num. 33; ni la disposicion en que se le dexó, contener vicio, ò defecto, por el que se anule.

57 Al que prestó dinero para fabricar, componer, ò refeccionar casa, ú otro edificio: ò para armar, ò refeccionar nave, compete hipoteca tacita en ellas: y al que lo suplió para alimentar, ò pagar el trabajo à los oficiales sirvientes, y marineros que trabajaron en la nave, le compete igualmente en sus fletes, y rendimientos; (4) y

(1) Ley 23. tit. 13. Partid. 5. y en ella el Sr. Greg. Lop. glos. 1. à la 5. y ley 1. tit. 1. lib. 5 Recop.

(2) Dicha ley 26. ley 1. Cod. Communia de legat. y ley Creditorib. ff. de Separation. bonor. Merlin. de Pignor quæst. 71. num 3. Sr. Castill. de Alim. cap. 66. y lib. 5. Controvers. cap. 131.

(3) Cirine. controvers. 94. y 363. Menoch. lib. 4 præsumpt. 115. n. 2. Carden. de Luca de Legat. discurs. 18. n. 3. 42. y 52. Cur. Philip. lib. 2. Conor. §. 12. n. 62.

(4) Ley 26. tit. 13. Partid. 5. cit.

y asimismo en el oficio, al que prestó el dinero para comprarlo. (1)

58 Por el alquiler, y arrendamiento de casa, tierra, viña, nave, y otras cosas semejantes, y por el daño que el conductor les causó, tiene hipoteca tacita el locador en los bienes que existen en la casa, y en los frutos de la tierra, viña, y heredad: y por los fletes de la nave en las mercaderías que conduce. Lo qual se entiende, ya sean del primer conductor los bienes, frutos, y mercaderías, ò del segundo, si le hizo subarrendamiento de las alhajas referidas, porque las leyes (2) hablan generica, è indistintamente, y asi no debemos distinguir.

59 Por los gastos, y suplementos hechos en la ultima enfermedad del difunto, y no en otra: en su entierro moderado segun su calidad, y haberes: en los derechos de su testamento, su publicacion, y apertura, y en la confeccion del inventario de los bienes que dexó, compete tambien hipoteca tacita en éstos al que los hizo, (3) porque todos los referidos gastos, y derechos se reputan funerarios.

60 Si el apoderado contrae hipoteca en virtud de poder para hipotecar, y éste no contiene en sí contrato, ni él lo es, ni tampoco contiene obligacion, no puede retrotraerse al tiempo del mismo poder la hipoteca, que por el contrato celebrado en su virtud se contrajo, porque falta el extremo habil à que pueda referirse para la retrotraccion. Sin que obste alegar que la hipoteca condicional se retrotrae al tiempo en que se contrajo, purificada que sea la condicion, porque esto es por haber precedido contrato, y obligacion, sobre que recayó; pero como en la contraida en fuerza del referido poder, no la hay, se

(1) Merlin. de Hipothec. lib. 3. tit. 1. Sr. Castill. dicho cap. 66. Sr. Salg. Labir. part. 1. cap. 10.

(2) Ley 5. tit. 8. Partid. 5. ley In prædiis 7. ff. y ley Quamvis 3. C. In quibus causis pignus, vel hipotheca.

(3) Avendañ. en la ley 30. de Toro, Acev. Matienz. y Angul. en la 13. tit. 16. lib. 5. Recop. Carleval. tit. 3. disp. 29. n. 7. Cur. Philip. Ilustr. lib. 2. Comer. tess. cap. 3. n. 30.

se ha de atender para su antiguedad al tiempo en que el contrato se celebró en su virtud, y no al de la fecha del poder. (1)

61 Prescribe por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes la accion hipotecaria, para recuperar la hipoteca en virtud del pacto *de non alienando* contra el tercero poseedor de ella, habiendo titulo, y buena fé de parte de éste: (2) y para la prescripcion empiezan à correr desde el dia en que el deudor se constituye en mora segun los plazos de su obligacion; pues si éste, su fiador, ù otro tercero poseedor pagan, se impide, è interrumpe la prescripcion: (3) sobre cuya interrupcion, y por qué actos se hace, vease el cap. 2. de este libro, numero 220.

62 Quedan expresados los acreedores que tienen hipoteca tacita, ò legal en los bienes de sus deudores; qué fuerza, y potestad tiene; y qué bienes se comprenden en ella; paso à explicar quáles asi de hipoteca tacita cómo expresa serán preferidos en el pago, concurriendo juntos en un juicio contra los bienes del comun deudor. Y para clara inteligencia de este laberinto de pretensiones, y derechos, debo sentar por regla general que unos acreedores se prefieren à otros, por ser primeros en tiempo, ò porque su condicion se conceptúa mejor en derecho por alguna causa, que ayudada, aumenta la pública utilidad, ò puede tener en sí alguna razon grande de religion, ò de equidad: (4) y que los hipotecarios, ya conste su hipoteca por instrumento público, ò privado, ò por otro medio

(1) Cur. Philip. Ilustr. ibi, n. 41. Sr. Salg. Labir. part. 1. cap. 30. n. 27.

(2) Ley 27. tit. 29. Partid. 3. ley 39. tit. 13. Partid. 5. ley Si à creditore 7. vers. *Sanè*: ley final, vers. *Si non longi*, Cod. de Obligation. et action. y leyes 1. y 2. Cod. Si adversus creditorem præscriptio opponatur.

(3) Parlador. lib. 1. Rer. cap. 2. §. 16. n. 5. Cur. Philip. Illustr. dicho cap. 3. n. 43. Acost. de Privileg. creditor. regul. 3. limit. 3. n. 19. Fontanel. de Pact. part. 2. claus. 4. glos. 18. n. 51. Vela dissert. 34. n. 70. y 71.

(4) Boler. de Decoction. tit. 5. quæst. y n. 1.

dio legal, deben ser graduados entre sí respectivamente segun su clase, y pagados de sus creditos por el orden de las fechas de sus contratos antes que los personales, pues el que es primero en tiempo, aunque no sea sino una hora, lo es en derecho. (1)

63 Lo mismo procede en el orden de Escrituras, pues la que está primero en el protocolo, es preferida à la que la sigue, porque se presume otorgada antes; (2) y asi debe tener mucho cuidado el Escribano para no perjudicar al acreedor anterior en poner las de obligacion, que en un dia otorgue el deudor por el orden de su otorgamiento; y aun en este caso convendrá expresar las horas, para extirpar dudas. Pero en las otorgadas en virtud de poder no se atiende à la fecha de éste, sino à la de ellas. (3)

64 Milita, y se entiende la referida regla general, no solo por el debito principal, sino por sus reditos, ò pensiones, como accesorios, (4) y por el interés; (5) pues si fueren iguales en tiempo, y se ignorare quál contrajo primero, se han de prorratear, como diré en el numero 66. (6) Y se entiende tambien, aun quando entre todas las deudas hipotecarias concurran una pura posterior, y otra condicional anterior, si la condicion es *causal*, ò *mixta*, pues por no estár en la potestad del deudor su cumplimiento, se retrotraerá al tiempo en que se hizo el contrato; pero si dependiere de su arbitrio, por ser *potestativa voluntaria*, no se retrotraerá al de su confeccion, y solo se atenderá al dia en que se cumple. (7)

Se

(1) Regla Qui potior, de Regul. jur. in 6. y ley 27. tit. 13. Partid. 5. et ibi glos. 1.

(2) Felician. de Censib lib. 3. cap. 5. n. 16. Straca de Mercat. tit. de Decoct. part. 1. n. 12. al 15 Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 4. num. 165. Sr. Crespi observat. 16. Bolar. tit. 5. quæst. 16.

(3) Ley Qui absenti 38. ff. de Acquirend. possesion. y ley Hæres absens 19. §. Apud Labeonem 3. ff. de Judic. Gutier. de Gabel. lib. 7. quæst. 103.

(4) Ley Insulam 13. ff. Qui potiores in pignor. habeant.

(5) Ley Lucius 18. ff. eod. tit.

(6) Ley Si debitor 10. y ley Si fundus 16. §. Si duo 8. ff. de Pignorib.

(7) Sr. Valenz. consil. 56. numer. 33. Sr. Salg. part. 2. Labir.

65 Se entiende igualmente, quando es anterior la deuda, cuyo plazo no está cumplido, pues ha de ser preferida à las posteriores del pasado, porque no se debe considerar para la prelacion el de la paga, sino la fecha del contrato, y obligacion de satisfacerla: (1) ò quando con la hipoteca convencional, ò legal concurren la pretoria, ò la judicial, pues será preferida la primera en tiempo: (2) ò quando el primer acreedor es de tacita hipoteca, y el segundo de tacita, y expresa especial: (3) ò quando el primero en tiempo tiene hipoteca general en los bienes del deudor, y el segundo especial en una finca, ò alhaja determinada: (4) ò aunque se haya hecho tradicion de bienes al segundo, y al anterior en tiempo no. (5) Previniendo que hipotecandose, y empeñandose el titulo de la alhaja, es visto ser empeñada ésta, y transferirse el derecho de prenda al acreedor, sin embargo de que no se exprese. (6)

66 De todo lo explicado en los quatros numeros inmediatos se deduce, que los acreedores hipotecarios iguales en el privilegio, ya sea su hipoteca especial, ò general, tacita, ò expresa, absoluta, ò condicional, causal, ò mixta, convencional, pretoria, ò judicial, con entrega de bienes, ò sin ella; y ya concurran los de cada clase de hipoteca entre sí, ò de todas clases unos con otros, deben ser graduados, y pagados por el orden de su antiguedad, no solo de su principal deuda, sino de sus pensiones, è intereses como accesorios à ella, guardando unicamente entre ellos para su prelacion la fecha de sus contra-

cap. 13. n. 19. y cap. 21. n. 3. Vela dissert. 30. n. 10. y 20. Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 8. n. 19. Cur. Philip Ilustr. lib. 2. Comer. terr. cap 12. n. 43.

(1) Ley Quæsitum 14. ff. de Pignorib.

(2) Ley 2. Cod. Qui potiores in pignor. habeant. y ley 13. tit. 13. Partid. 5.

(3) Ley Potior 11. al princip. y §. Si colonus 2. ff. Qui potiores in pignor.

(4) Ley Qui generaliter 2. ff. y ley Si generaliter 6. Cod. Qui potiores in pignor.

(5) Dicha ley 13. tit. 13. Partid. 5.

(6) Ley 14. dicho tit. y Partid.

tratos; (1) lo qual procede, ya el deudor obligue expresamente sus bienes presentes, y futuros, ò solamente sus bienes, sin decir mas, pues sin embargo serán comprehendidos en la obligacion general asi los que entonces tiene, como los que despues adquiera. (2) Y si son iguales en tiempo, y privilegio, se han de prorratear, (3) no estando alguno en posesion de los bienes del deudor, ò parte de ellos, pues si lo está, preferirá à los otros en lo que lo esté. (4)

67 Pero asi como toda regla general padece sus excepciones, y limitaciones, las quales constituyen regla en contrario: (5) asi tambien se exceptúan de ésta varios casos en los que para la prelacion no tiene lugar el tiempo, y por consiguiente los acreedores posteriores serán preferidos à los anteriores en él. Y antes de individualizarlos debo prevenir que los Jurisconsultos distinguen, y consideran quatro especies, ò clases de utilidad pública, y privada: (6) en la primera, como que tiene su tendencia à la Religion, y por ser mas digna que todas, se la debe anteponer, (7) colocan à la Iglesia en comun, y à qualquiera de sus Ministros, y tambien à los Magistrados: en la segunda al Fisco: en la tercera las dotes: y en la quarta la conservacion de vasallos ricos en el Reyno; y à las tres primeras conceden antelacion en el cobro de sus creditos, dexando en silencio la quarta, porque aunque es muy util al Estado, y su utilidad consiste en que con su

(1) Cur. Philip. ibi, n. 44. al 48.

(2) Ley Si quis ultima, Cod. Quæ res pignori obligari possunt. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 34. n. 2.

(3) Ley Si fundus, §. Si duo, ff. de Pignor. Peregrin. de Jure fisci lib. 6. tit. 6. num. 22. y 33. Franch. decis. 260. n. 4. Gait. de Credit. quæst. 11. n. 1834.

(4) Ley Si debitor, ff. de Pignorib. Boler. tit. 5. quæst. 15. numer. fin.

(5) Ley Nam quod liquide 4. §. ultim. ff. de Penu legat. y ley Quæsitum 12. §. Item respondit, vers. *Denique Neratius*, ff. de Fundo instruct.

(6) Bart. in leg. 1. n. 25. ff. Solut. matrimon. Boler. titul. 5. quæst. 1. num. fin.

(7) Ley Sunt personæ, ff. de Religios. et sumptib. funer. ley Sancimus, Cod. de Sacrosanct. Eccles. y ley 50. tit. 6. Partid. 1.

su opulencia pueden subvenir las necesidades públicas, y pagar al Rey sus tributos, y especialmente los Magnates, que son como los huesos, y nervios que mantienen el cuerpo politico del Reyno, y están obligados à protegerlo, y si lo hacen, conviene que el Rey franqueando los Tesoros de su magnificencia, y liberalidad, los distinga, y condecore con las dignidades que el Reyno tiene depositadas en su persona, para que remunere à los beneméritos; (1) pero no hacen mencion de ella para el efecto de preferencia en quanto à reintegrarse de los suyos.

68 Supuesto lo referido, digo que por el pago de diezmos concurriendo la Iglesia, y en su nombre su Parroco, ò quien la represente, con otros acreedores por sus respectivos creditos, debe ser preferida à todos, por privilegiados que sean. (2) Y si antes de coger los frutos los vendiere su dueño, puede la Iglesia demandar los diezmos al comprador, porque aquellos pasaron à éste con el gravamen de satisfacerlos; ò al mismo dueño, porque recibió el precio antes de su solucion, en lo que cometió engaño; pero cobrandolos del uno, no puede pedirlos al otro: bien que si viere que el comprador no tiene de que pagar, puede repetir contra el vendedor, sin estár obligada à darle lasto, ò cederle sus acciones; y la razon es, porque pagó por sí, y no por él; y por el delito que cometió en proceder à la venta de frutos, antes de pagar los diezmos. (3)

69 Lo mismo procede para con el que prestó dinero, à fin de enterrar al deudor con animo de cobrarlo, y no por piedad, aunque nadie le mande suplirlo, ò alguno se lo contradiga; pues por privilegiados, y anteriores que sean en tiempo los demás acreedores, ya tengan hipoteca especial, ò general en los bienes del deudor, será preferido à ellos, à la dote, y à todas las demás que contrajo en

(1) Boler. de Decoction. tit. 5. quæst. 11. y 12.
(2) Ley 6. tit. 20. Partid. 1. al fin. y cap. Pastoralis 28. de Decim. Boler. dicho tit. 5. quæst. 2.
(3) Ley final tit. 20. Partid. 1.

en su vida, porque se interesa la utilidad pública en que se sepulte à los muertos. (1) Y lo propio milita para con el que suplió los gastos de alimentos, Medico, Cirujano, Botica, y demás medicinas de su ultima enfermedad, y no de otra, y los derechos de su testamento, su apertura, ò publicacion, è inventario de sus bienes, pues gozan de igual prelacion estas expensas, por reputarse parte de su funeral: (2) y para con el que le redimió de captiverio, porque media la causa de Religion, y piedad, que en los anteriores. (3)

70 La hipoteca concedida al Fisco por la alcabala, y demás tributos, y derechos referidos en el num. 48. es de tanta virtud, y eficacia, que no solo le compete en los actuales bienes del deudor, sino en los que sus herederos hubieron de él en vida por qualquier titulo, sin embargo de que renuncien su herencia. Y aun los terceros singulares poseedores de los bienes tributarios están obligados à la solucion del tributo, asi del tiempo de su posesion, como del anterior; y esto, no obstante que el predio tributario recaiga en persona Eclesiastica; pues deberá satisfacerlo, y por él podrá ser reconvenida ante el Juez secular; (4) y asi por estos derechos se prefiere á los acreedores anteriores de hipoteca tacita, y expresa, porque la obligacion de satisfacerlos está inherente, y es inseparable de los mismos bienes. (5)

71 En los bienes de los que contratan con el Fisco, y en

(1) Ley Impensas funeris 4. ff. de Religios. et sumptib. funer. ley 1. §. de Impensæ 19. ff. ad leg. Falcid. ley ultim. §. In computatione, Cod. de Jure deliberandi. ley 12. tit. 13. Partid. 1. y ley 30. al fin tit. 13. Partid. 5.

(2) Ley In restituenda 4. Cod. de Petition. hæredit. Carlev. tit. 3. disp. 29. n. 7. Matienz. y Acev. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. Recop. Gom. Cifuent. y Tello en la 30. de Toro. Cur. Philip. ibi n. 23.

(3) Boler. tit. 5. quæst. 2. dicha, n. 21. al 28. Merlin. de Pignor. lib. 3. tit. 1. quæst. 22. Gait. de Credit. in Appendic. cap. 4. quæst. 11. n. 19.

(4) Ley Imperatores 7. ff. de Publican. et vectigal. y ley 25. titul. 13. Partid. 5. Boler. tit. 5. quæst. 13. n. 3. al 9.

(5) Ley Si qui mihi 28. ff. de Jure fisci. y leyes 25. y 33. tit. 13. Partid. 5.

en los de los administradores, cobradores, recaudadores de su Real Haber goza del propio privilegio en concurrencia de otro acreedor hipotecario sin mas prerrogativa. Lo qual se entiende en los que han adquirido despues de celebrado el contrato, ò entrado en la administracion de la Real Hacienda, pues en los que adquirieron antes no es preferido à los acreedores de anterior expresa hipoteca especial, ò general; ni en los de sus mugeres; (1) ni tampoco en los adquiridos despues del contrato fiscal, al hipotecario con privilegio de menor edad, tutela, dote, y otro semejante, porque este acreedor tiene doble privilegio, que es el de la hipoteca con antelacion de tiempo, y el de la menor edad, &c. y por esta duplicidad preferirá al Fisco en los adquiridos despues, como diré en el num. 73: y à cada uno incumbe probar la prioridad, ò posterioridad de adquisicion, que alega, como fundamento de su intencion. (2) Previniendo que por la locacion de los predios fiscales ha de reconvenir el Fisco à su conductor, despues à su fiador de indemnidad, y por ultimo al deudor del conductor, no interviniendo algun privilegio, por el que pueda demandar antes al deudor del conductor su deudor, pues si interviene, no necesita observar este orden. (3)

72 En los del *Primipilo* (que antiguamente era el que tenia à su cargo el exercito, y armada, y la obligacion de proveerlos de lo necesario, como tambien las cosas destinadas para las principales, y mayores urgencias del Principe en tiempo de guerra, y hoy en algun modo se puede graduar de tal al tesorero, y proveedor del exercito, bien que hay mucha diferencia de uno à otro) le compete el mismo privilegio, el qual se amplía contra los dotales, y

(1) Leyes Si qui mihi, y 25. al fin cit. Boler. dicho tit. 5. quæst. 14. n. 3. Carleval tit. 3. disp. 34. num. 3. 15. y 17.

(2) §. Non solum, Institut. de Legat. y leyes 2. 5. y 21. ff. de Probation. Carlev. ibi n. 18. Cur. Philip. Ilustr. ibi n. 29.

(3) Ley 1. Cod. de Conveniendis fisci debitorib. Amaya in leg. 1. Cod. de Decurionib num. 9. y 12. Fermosin. in Allegat. fiscali allegat. 12. n. 3. Carrocio de Remediis subsidiar. remed. 77. n. 2. Boler. dicho tit. 5. quæst. 17. n. fin.

y paraphernales de su muger, y contra los de sus hijos, pues todos quedan omnimoda, y absolutamente obligados. Tambien le compete contra sus deudores, de suerte que puede repetir contra los de éstos antes de hacer excusion en los del Primipilo, y aun antes de cumplirse el plazo de sus pagas, si son deudores *in diem.* (1) Pero este tan amplio, y exuberante privilegio se limíta para con los hijos, y muger de otro tesorero, à cuyo cargo está solamente la custodia del Real Erario, pues contra éstos no le está concedido en iguales terminos. (2)

73 En los demás contratos con el Fisco si concurre con un acreedor privado, y no hay duda en la anterioridad, y posterioridad de hipoteca de ambos, se han de observar las siguientes reglas: la primera, que el Fisco por razon de la que por derecho le compete en sus contratos, es preferido à los acreedores chirografarios anteriores del deudor. (3) La segunda, que si el Fisco tiene expresa hipoteca, aunque sea posterior, es preferido à los anteriores de tacita, al modo que la dote. (4) La tercera, que si el Fisco concurre con otro acreedor anterior que tenga hipoteca expresa especial, ò general sin privilegio, debe preferirse el primero en tiempo; de modo que si el Fisco es anterior, le preferirá por la suya tacita; si el otro lo es, obtendrá la prelacion; (5) y si por tener anterioridad este acreedor privado, obtuviere la preferencia, se debe en-

(1) Ley Satis notum 4. Cod. In quibus causis pignus, vel hipotheca, y ley final Cod. de Primipil. Sr. Greg. Lop. en la 25. tit. 13. Partid. 5. Boler. tit. 5. quæst. 4. n. 22. y quæst. 14. n. 14. 16 22. y 24.

(2) Cur. Philip. ibi. n 27. Boler. dicho n. 14.

(3) Arg. leg. 34. ff. de Reb. authorit. judic. possidend. ley 28. ff. de Jure fisci. y ley 1. Cod. Si propter publicas pension. Peguer. decis. 38. n. 8. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 2. Boler. dicho tit. 5. quæst. 17. n. 15.

(4) Ley 33. tit 13. Partid. 5. Pedro Barbos. en la ley 1. part. 6. n. 9. ff. Solut. matrimon Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 99. num. 17. Matienz. en la ley 7. tit. 16. lib. 5. Recop. glos. 5. n. 5. Sr. Castill. lib. 3. Controv. cap. 4. n. 14. Acev. en la ley 16. tit. 7. lib. 9. Recop. num. 4.

(5) Flores de Mena lib. 1. Var. cap. 16. §. 3. num. 28. Boler. dicho cap. 17. num. 17.

entender en los bienes, que el deudor tenia antes de contratar con el Fisco; (1) pero en los adquiridos despues será preferido éste por especial privilegio à los anteriores, aunque la tengan general expresa; (2) y la razon es, porque los bienes no se pueden decir obligados antes que el deudor los adquiera, ni en las cosas agenas constituirse hipoteca; ni tampoco se retrotrae su adquisicion: y como concurre à un mismo tiempo el nacimiento de la hipoteca; están iguales los dos en igual causa; y el Fisco es privilegiado; debe ser mejor como tal su condicion, y para con él no se ha de mirar el orden de la tacita, ò expresa convencion, sino el de la adquisicion; (3) bien que cada uno debe probar como fundamento de su intencion la anterioridad, ò posterioridad de la adquisicion, pues para eximirse de esto el Fisco, ningun privilegio tiene. (4) Pero si à la anterioridad de tiempo que tiene el acreedor privado, se agrega algun privilegio, ò qualidad, v. g. la de menor edad, tutela, dote, &c. preferirá éste al Fisco por razon de la anterioridad, y por la del privilegio no solo en los bienes adquiridos antes de contratar con él, sino en los que adquirió despues, (5) como expuse en el num. 71. La quarta, que por competir privilegio al Fisco en la hipotecaria, y juntamente en la personal, tiene mayor derecho, y privilegio, que otros acreedores, y por él es pre-

fe-

(1) Ley Si fundum, Cod. Qui potiores in pignor. ley unic. Cod. Rem aliena n. ley Si pignus, y ley ultim. ff. Qui potiores in pignor. Sr. Covar. libr. Var. cap. 16. n. 2. Mantic. de Tacit. lib. 11. tit. 25. n. 5. Negusanc. de Pignor. membr. 2. part. 5. num. 42. Peregrin. de Jure fisci lib. 6. tit. 6. n. 16.

(2) Ley Si is qui 28. ff. de Jure fisci. Sr. Covar. dicho cap. 16. y n. 2. vers. *Et his suffragatur*: Gutier. Quæst. 99. cit. n. 11.

(3) Salic. in leg. Assidui, n. 4. Cod. Qui potiores in pignor. Bald. consil. 189. n. 2. lib. 3. Peregrin. lib. y tit. 6. dichos, n. 15.

(4) Bart. in dict. leg. Si is qui, n. 8. al fin. Negusanc. ibi num. 43. Merlin. de Pignor. lib. 3. tit. 3. quæst. 87. n. 17. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 2. n. 10.

(5) Ley ultim. al princip. ff. Qui potiores in pignor. et ibi glos. verb. *Præferenda*: Bart. in dict. leg. Si is qui: Capic. decis. 129. n. 12. Rodrig. ibi n. 8. vers. *Quod quidem jus*: Merlin. tom. 1. Controvers. cap. 2. n. 34. y 35. Noguerol allegat. 17. n. 51.

ferido à los que solo tienen privilegio en la personal, ò son personales privilegiados, como los menores; por lo que si estos personales concurren, y no tienen hipoteca expresa, obtendrá el Fisco la preferencia, aunque sea posterior en tiempo, al modo que la dote; y lo mismo procede para con los demás privilegiados en la hipoteca. (1) Y la quinta, que aunque es cierto que quando un acreedor privado usa de la hipotecaria especial contra el deudor en competencia de otro acreedor privado, debe probar no solo la hipoteca, sino que la cosa especialmente gravada existia en los bienes del obligado al tiempo que constituyó la obligacion, y que de su espontanea voluntad la ligó à su responsabilidad; (2) pero para con el Fisco no milita esta regla en el caso especial de la ley 1. Cod. de *Jure fisci*, que dice: *Si prius quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam prædiorum donationem fecisse fuerit probatus; quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur.* Y la razon es, porque el Fisco trata de evitar el daño que se le irroga de no cobrar su credito, y el donatario de adquirir lucro, y quando éste intenta su accion por causa lucrativa, y el Fisco la suya por la onerosa proveniente de contrato, está relevado de hacer prueba, y asi incumbe al acreedor privado; y en caso de dudarse si existia, ò no, será preferido el Fisco à éste; y fuera del de evitacion de daño en concurrencia con otro acreedor por causa, ò contrato lucrativo, estará obligado à la justificacion. (3)

Es

(1) Joann. Platea in leg. 1. vers. *Item nota*, n. 4. Cod. de Pœnis fiscalib. Flores de Mena lib. 1. Var. quæst. 6. art. 3. n. 23. Carlev. tit. 3. disp. 34. n. 15. al 18. Boler. tit. 5. quæst. 17. n. 24. Sr. Castill. lib. 4. Controv. cap. 61. n. 57. y sig. Peregrin. lib. y tit. 6. cit. numer. 56.

(2) Ley Ante omnia 23. ff. de Probation. ley Si superatus 3. ff. de Pignorib. y ley 18. tit. 13. Partid. 5. Vela dissert. 46. n. 8. y 9. tom. 2.

(3) Paciar. de Probation. lib 2. cap. 25. n. 19 84 y sig. Anaya in Commentar. ad leg. 1. Cod de Jure fisci, n. 30. Barbos. in leg. 1. ff. Solut. matrimon. part. 2. n. 19. Sr. Castill lib. 5. Controv. cap. 89. n. 131. Boler. tit. 5. quæst. 17. n. 8. al 14.

74 Es preferido tambien à los acreedores anteriores de expresa hipoteca en los frutos de los bienes hipotecados antes de contratar con él, de qualquier clase que sean, habiendo nacido, y sido producidos despues del contrato fiscal, y existiendo en poder del deudor, (y no en el de otro, à quien hubiese enagenado los mencionados bienes, porque ya pasaron al dominio de éste, que no es deudor, ni está obligado,) y justificando como fundamento de su intencion su posterior nacimiento, ò producion en poder del deudor, pues si no lo justifica, no gozará de prelacion, por carecer de expreso privilegio. (1) En quanto à si la muger gozará, ò no por su dote de igual privilegio que el Fisco en los bienes adquiridos por su marido despues de su contrato dotal, y será, ò no preferida à los acreedores hipotecarios anteriores, veanse los Autores, pues están discordes; (2) pero la Iglesia, y causa pia lo son. (3)

75 Como por el delito que alguno comete, y daño que irroga à otro, se originan dos acciones penales, la una tocante à la parte ofendida, y la otra à la Republica; (4) y por favor de la vindicta pública adquiere derecho el Fisco à la pena en que incurre el perpetrador, ya sea legal, convencional, ò arbitraria en el Juez: se duda lo primero, quándo lo adquirirá; y lo segundo, quándo será, ò no preferido à los acreedores del deliquente. Y satisfaciendo à estas dos dudas, digo à la primera, que antes de la condenacion, ò sentencia ningun derecho, ni hipoteca le compete en los bienes de éste; (5) y despues de ella se

(1) Carlev. tit. 3. disp. 34. numer. 20. hasta el fin. Boler. quæst. 17. dicha, n. 21. y 22.

(2) Gutier. lib. 5. Pract. quæst. 180. Barbos. in leg. 1. ff. Solut. matrimon. part. 2. n. 17. Sr. Castil. lib. 3. Controvers. cap. 4. n. 20. Boler. tit. 5. quæst. 3. n. 29. y sig.

(3) Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. num. 30. y otros que cita.

(4) Ley Locatio 9. §. Qui illicite, ff. de Publican. et vectigal. ley Stichum 95. §. 1. ff. de Solution. ley Ita vulneratus, ff. ad leg. Aquil. ley Capitalium, §. Famosos, ff. de Pœnis, y ley Si à reo 70. §. fin. ff. de Fidejussorib.

(5) Ley Ejus, qui delatorem 29. ff. de Jure fisci, y cap. Cum secundum leges, vers. fin. de Hæretic. in 6.

se distingue: si por el delito se le confiscan; jamás adquiere hipoteca en ellos; no antes de la condenacion, porque ningun derecho se la concede; ni despues, porque como se hace dueño, y se le transfiere su dominio, (1) no pueden ya estarle obligados, pues nadie tiene hipoteca en sus propios bienes. (2) Y si no se le confiscan, y solo se le impone alguna pena pecuniaria; tampoco adquiere derecho, ni hipoteca hasta que se dá la sentencia, porque antes de su prolacion no puede llamarse acreedor, à causa de ignorarse si se le impondrá, ò no; (3) y despues de ella se subdistingue: respecto de otros acreedores aunque sean chirografarios, y su deuda conste solamente por mera confesion del deudor fiscal antes de la sentencia, ningun derecho, ni hipoteca adquiere, ni le compete en perjuicio de ellos; (4) y la razon es, porque trata de adquirir lucro, y los acreedores de evitar su daño. (5) Lo qual se entiende, excepto que éstos, y el Fisco lo sean por una misma causa, ò titulo oneroso, ò lucrativo; pero respecto del delinquente, y de otros que poseen sus bienes sin titulo, tiene hipoteca tacita en ellos desde el dia de la sentencia; cuya hipoteca no se amplía (cesante todo dolo) à los enagenados antes de la condenacion. (6)

76 Supuesto lo referido, y satisfaciendo à la segunda duda, digo que si el Fisco concurre unicamente por el cobro de la pena, y condenacion (ya sea legal, ò arbitraria) impuesta al delinquente, le preferirán indistinta-

(1) Ley Commissa, ff. de Publican. et vectigal.

(2) Ley Neque pignus 45. ff. de Regul. jur.

(3) Ley Siqua pœna, y ley Aliud, §. Inter multa, ff. de Verbor. significat.

(4) Ley Quod placuit, ff. de Jure fisci. Sr. Greg. Lop. en la 9. tit. 3. glos. 9. y en la 25. tit. 13. Partid. 5.

(5) Fermosin. alleg. 16. n. 22. y alleg. 18. num. 26. y 27. Amaya lib. 1. Observat. cap. 11. n. 5. y 16. Boler. tit. 5. quæst. 23. n. 11. y 12.

(6) Ley Post contractum 15. ff. de Donation. ley 11. tit. 6. lib. 3. y ley 12. al fin tit. 26. lib. 8. Recop. Bald. in leg. Rescriptum, n. 2. ff. de Pact. Noguerol alleg. 1. numer. 46. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 2. n. 11. Merlin. de Pignor. lib. y tit. 3. quæst. 88. n. 17. y sig. Boler. ibi n. 5. al 7. y n. 14. y 15.

tamente todos los acreedores de éste (1) sin excepcion, ya lo sean por contrato celebrado antes de la imposicion, ò por el daño recibido, por el que es condenado. Si concurren ambos por un mismo titulo oneroso, ò lucrativo, será preferido el Fisco, sin embargo de que el acreedor privado esté en posesion de los bienes del deudor delinquente; por lo que si éste damnificó à alguno, y tambien al Fisco en la cosa, ò administracion fiscal, obtendrá la prelacion, aunque el acreedor privado lo sea por deposito regular, que no existe; y la razon es, porque desde la comision del daño quedaron obligados sus bienes à resarcirlo, y el Fisco adquirió hipoteca en ellos, que es preferida à la accion de deposito, y ésta no existiendo la cosa depositada, ò siendo irregular, è impropio el deposito, cede à la hipotecaria, y se queda en la clase de personal, (2) como en los num. 115. y 117. diré; lo qual no sucederá, siendo privados ambos acreedores con un mismo titulo, pues entonces será preferido el que tenga la posesion de los bienes del deudor. (3) Pero si se dudáre si el Fisco, y el acreedor privado vienen por identica causa, y titulo, ò si las de ambos son onerosas, ò lucrativas, preferirá el Fisco, y no habrá prorrateo; lo qual procederá en quanto al importe de la pena, mas no en la cantidad consignada al acreedor por consignacion del daño, è intereses, pues en ella obtendrá éste la preferencia. (4)

77 Quando el reo incurre *ipso jure* en la pena de confis-

(1) Ley non possunt 11. ley In summa 12. y ley Statius Florus 48. ff. de Jure fisci. ley unic. Cod de Pœnis fiscal. ley Si aliquis 7. ff. de Donation. caus. mort. y dicha ley Post contractum. Boler. ibi num. 9. y 10. Cur. Philip. lib. 2. y cap. 13. dichos, n. 56.

(2) Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 16. n. 2. Peregrin. de Jure fisci. lib. y tit. 6. n. 21. y 24. Bart. in leg. 1. Cod. de Jure fisci Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 8. quæst. 3. n. 18.

(3) Ley Si debitor, y ley Si fundus, §. Si duo, ff. de Pignor. y ley 9. tit. 3. Partid. 5. Negusanc. de Pignor. part 5. membr. 2. n. 21. Franch. decis. 260. Boler. tit. 5. quæst. 15. n. 11. y 12. y quæst. 21. n. 17. al 20.

(4) Ley 102. del Estilo, y en ella Paz ley 13. cap. 16. tit. 14. lib. 2. y ley unic. cap. 10. tit. 10. lib. 3. Recop. Boler. tit. 5. quæst. 28. num. 5. al 8.

fiscacion ordinaria, y pérdida de todos sus bienes, adquiere inmediatamente el Fisco su dominio, como queda expuesto; lo qual no sucede siendo extraordinaria la confiscacion, pues entonces no lo adquiere hasta que se publíca la sentencia; y su adquisicion se circunscribe solamente à ciertos bienes, que en la sentencia, y proceso se contienen, y no à todos. (1) Pero aunque la confiscacion sea ordinaria, no se estiende à todos los que posee el delinquente, antes bien se limíta à los que quedan líquidos, despues de satisfechos los acreedores que tiene al tiempo de la perpetracion del delito, pues los restantes no son suyos; por lo que, y porque hace veces de heredero anomalo, y succesor estraño por aniquilacion del delinquente, y no por su representacion, está obligado como tal à pagar sus deudas en quanto alcancen sus bienes, y no en mas; y si sobra algo, lo hace suyo. (2) Y si el Fisco es acreedor del mismo delinquente por contrato; tiene en su poder algunos años los bienes de éste, que producen para reintegrarse, y pagar à los demás; y luego se los debuelve, no puede repetir su credito despues de la debólucion, porque con el producto debió hacerse pago de él; lo qual he visto executoriado por la Real Junta de Obras, y Bosques contra el Fisco en causa de confiscacion de los estados de un Grande, que al tiempo de ella era deudor suyo por contrato de venta de una porcion de tierras incorporadas en uno de sus estados, y no tenia satisfecho su total valor; porque ni las acciones se confunden, ni la una excluye à la otra, ni la quita la hipoteca, y antelacion, que por su naturaleza la compete: al modo que tampoco se confunde la del heredero, que es acreedor de su instituyente, segun con legal apoyo he sentado en el ca-

(1) Ley Ex judiciorum, ff. de Accusationib: ley Aufertur, §. In reato, ff. de Jure fisci. ley 2. tit. 4. Partid. 5. ley Fisco, ff. ad Syllanian. ley Non possùnt, ley In summa, ley Res quæ, ley Si is qui, y ley Quod placuit, ff. de Jure fisci, y ley 2. Cod. ad leg. Juliam de vi public.

(2) Ley Commissa, cit. ley Quisquis, Cod. ad leg. Jul. Majestat. y ley 10. tit. 2. Partid. 3. Boler. tit. 5. quæst. 24. p. 4. y 5.

capitulo 2. num. 334. de este libro; sobre lo qual, y otras varias especies utiles concernientes à la confiscacion, vease à *Boler. tit.* 5. *quæst.* 24. *à li* 27. pues las trata difusamente, y por no molestar mas al Escribano, omito explicarlas.

78 Tiene preferencia igualmente el Fisco à otros acreedores, aunque sean de contrato, por los gastos utiles, y necesarios que hizo en la prision del reo, y en buscar, y reparar sus bienes; (1) pero como quiera que la hipoteca no se adquiere hasta despues de la sentencia, (2) no los preferirá, en caso que sean anteriores à ésta, (3) sobre lo qual vease à *Bolero dicho tit.* 5. *quæst.* 29. *per tot.* que lo trata latamente, y refiere las sentencias que acerca de ello hay.

79 Por legales disposiciones (4) está ordenado que en la cosa dada, ò vendida à dos sugetos en diversos tiempos, se prefiera al que fue entregado en ella, aunque sea posterior; pero si uno hace contrato sin hipoteca con el Fisco, y con otro privado, obtendrá la preferencia el Fisco, no obstante que se haya hecho posteriormente la entrega al otro, porque como tiene à su favor el privilegio de tacita hipoteca en sus contratos, debe ser preferido al particular, que carece de él, sin embargo de que la cosa se le haya entregado despues de la celebracion del suyo. (5)

80 Habiendo explicado varios privilegios que competen al Fisco en quanto à la hipoteca, y prelacion, no dañará referir de paso algunos de los que goza en los juicios

(1) Peregrin. de Jure fisci. lib. 5. tit. 1. n. 193. Sesè decis. 169. n. 3. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 2. cap. 10. n. 14. al 16.

(2) Jul. Clar. Prax. crimin. §. fin. quæst. 78. n. 32. Gom. lib. 3. Var. cap. 14. n. 4. Peregrin. ibi lib. 9. tit. 6. n. 12. Rodrig. de Privileg. creditor. artic. 2. n. 11.

(3) Ley unic. Cod. de Pœnis fiscalib. y ley Quod placuit 37. ff. de Jure fisci. Jul. Clar. ibi n. 31.

(4) Ley Quoties 15. Cod. de Reivindication. y ley 50. cerca del fin tit. 5. Partid. 5.

(5) Fontanel. de Pact. part. 1. claus. 4. glos. 12. n. 153. Boler. tit. 5. quæst. 19. n. fin. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 30. n. 2. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 20. vers. *Secundo deducitur*: y en la ley 40. de Toro, n. 16. vers. *Ex quo primò deducitur*:

cios à mas del expresado en el num. 20. Digo, pues, que en la via executiva se admiten oposiciones, y tercerías para elidirla, y que no há lugar contra terceros poseedores, regularmente hablando; (1) pero en la que sigue el Fisco por alcabalas, ù otros derechos reales, no son admisibles, à menos que los terceros justifiquen con instrumentos públicos el dominio de los bienes, en que la execucion se trabó. (2) Y si los terceros poseen por qualquier titulo bienes del arrendador de Rentas Reales, puede el Fisco pedir derechamente execucion contra ellos, como con legal apoyo senté en el cap. 2. de este libro num. 82. al fin.

81 Todas las excepciones directas, y utiles, que el executado pueda probar en el termino de los diez dias legales, es inquestionable que son admisibles en el juicio executivo, y que probandolas plenamente, eliden la execucion, segun latamente expuse en el §. 4. de dicho cap. 2. pero en la que el Fisco instaura sobre exaccion de sus Reales derechos, se admite unicamente à los arrendadores de estos la excepcion de paga, ò quita. (3)

82 Es constante que para poder dirigir su accion el acreedor privado personal contra el deudor de su deudor, se requiere que éste le ceda sus acciones, ò le dé *in solutum* su credito; excepto que el deudor principal sea condenado, y no tenga con que pagar; ò que confiese su debito; ò que el acreedor lo acredite por instrumento público. (4) Pero el Fisco por especial prerrogativa no solo puede executar al deudor de su deudor en los casos referidos, sino en otros tres; el primero, aunque el deudor principal no esté condenado, si está insolvente. (5) El segun-

(1) Ley 16. tit. 7. lib. 9. Recop.

(2) Boler. tit. 5. quæst. 18. numer. 14. al 20.

(3) Ley 15. tit. 7. y lib. 9. dichos.

(4) Surd. consil. 4. n. 27. y decis. 206. n. 15. Noguerol alleg. 35. n. 17 y sig. Boler. tit. 5. quæst. 17. n. 25. y 26.

(5) Ley Non intelligitur, §. Multa, ff. de Jure fisci. ley Non prius, Cod. Quando Fiscus, vel privatus, y ley 1. Cod. de Condition. ex leg.

gundo, quando aparece que se contrajo el debito por razon del Fisco. (1) Y el tercero, quando por el contrato fiscal son demandados los deudores verdaderos. (2)

83 Está mandado que en las executiones se haga primero la traba en bienes muebles, los que se pregonen por nueve dias; y en su defecto en raíces, y que se subasten en veinte y siete. (3) Pero quando el Fisco executa à los arrendadores de sus rentas, y à sus fiadores, no se observa este orden, antes sí debe hacerse en los mejores, ya sean muebles, ò raíces, y subastarse, y venderse los muebles en tres dias, y los raíces en nueve; (4) y para reintegrar à la Real Hacienda se deben vender todos los que existan en poder de los mismos arrendadores, sin que impida su venta otra excepcion, que la de acreditar por Escrituras públicas, que estos tienen arrendados, ò alquilados los bienes del que se opone à su venta, pretestando ser suyos. (5)

84 Aunque en los arrendamientos de bienes de personas privadas si el primer conductor los subarrienda, no está obligado regularmente el subarrendatario, ò segundo conductor al dueño de ellos; (6) pero en los de alcabalas, y otros derechos reales si los primeros conductores las subarriendan en todo, ò parte; (fuera de que no quedan libres, ni sus fiadores, excepto que afianzen à satisfaccion de los Contadores mayores, ò de sus lugar thenientes; y en las rentas menores à la de los arrendadores mayores, y recaudadores, segun lo ordena la ley 18. tit. 11. lib. 9. Recop.) están obligados al Fisco los segundos conductores, como los primeros; y asi puede executarlos por lo que

(1) Bart. in dict. §. Multa.

(2) Peregrin. de Jure fisci. lib. 6. tit. 7. num. 26. Gutier. de Gabel. quæst. 164. n. 26. Alfar. de Offic. Fiscal. glos. 16. privileg. 4. n. 31. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 4. quæst. 4. n. fin. in addiction.

(3) Ley 3. tit. 27. Partid. 3. y ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop.

(4) Leyes 18. y 19. tit. 7. lib. 9. Recop.

(5) Ley 16. tit. 7. lib. 9. Recop. Boler. tit. 5. y quæst. 18. n. 22. hasta el fin.

(6) Ley Si in lege 24. §. Si colonus, ff. Locati. Sr. Olea tit. 4. y quæst. 4. cit. n. 2. y sig.

que le deban, à lo menos despues que à éstos. (1)

85 Es indubitable que nadie debe ser compelido à comprar contra su voluntad bienes de otro; (2) pero quando se venden los de los arrendadores de Rentas Reales, ò de sus fiadores, à fin de reintegrar à la Real Hacienda de lo que la deben, pueden ser compelidos los vecinos ricos de aquel Pueblo à comprarlos por su justa tasacion, aunque no quieran, (3) como expuse en el cap. 2. de este libro num. 310. Y se previene que esto no es adoptable, ni debe practicarse con los que se venden à los reos para satisfacer al Fisco lo que se le aplíca en pena de sus delitos, como algunos Jueces ignorantes lo hacen, porque las leyes no les conceden esta facultad, antes bien se circunscriben, y limítan al caso de venta para la exacion de sus rentas contra sus arrendadores, y fiadores. (4)

86 En los contratos en que interviene lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio, es innegable que dentro de los quatro años primeros siguientes à su celebracion puede intentar el leso, que se rescindan, ò se le supla su justo valor. (5) Pero en las ventas coactas (que son las celebradas contra la voluntad de los compradores, para pagar al Fisco,) no há lugar este remedio; (6) y en los casos en que los Ministros de la Real Hacienda, ò sus delegados las hacen, y aposesionan de las fincas vendidas à los compradores, si se suscita controversia sobre lesion, eviccion, ù otra qualquiera cosa, ha de conocer de ella, y determinarla el que otorgó la venta, y no el ordinario del Pueblo, ni otro alguno, aunque uno de los litigantes goce fuero; (7) y asi no le sufragará la declinato-

(1) Carrocio de Execution. quæst. 10. Alfar. de Offic. Fiscal. glos. 16. privileg. 3. Peregrin. de Jure fisci. lib. y tit. 6. n. 8. Boler. quæst. 18. dicha, n. 21.

(2) Ley Invitum 11. Cod. de Contrahend. emption. y ley 3. tit. 5. Partid. 5.

(3) Leyes 18. 19. y 20. tit. 7. lib. 9. Recop. Boler. dicha quæst. 18. n. 7. y 8.

(4) Acev. en la ley 18. tit. 7. lib. 9. dichos, n. 4. y 5.

(5) Ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop.

(6) Ley 6. tit. 11. lib. 5. y ley 20. al fin tit. 7. lib. 9 Recop.

(7) Ley ultim. Cod. Si adversus fiscum restitutio, vers. *Siquidem,*

toria, para eximirse de responder ante él. No me detengo mas en explicar los privilegios del Fisco: el aplicado podrá ver à *Boler. de Decoction.* y se instruirá radicalmente.

87 En la tercera clase de utilidad pública están colocadas las mugeres casadas para la prelacion en el cobro de su dotal haber en concurso, y competencia de otros acreedores de sus maridos, porque conviene que no estén indotadas, à efecto de que se casen, y el Estado se propague; de que se colige que segun este lugar, y colocacion, serán postergadas al Fisco: pero como segun derecho caminan à igual paso éste, y la dote, y gozan del mismo privilegio, ¿se duda quál de los dos será preferido, concurriendo ambos solos? Y satisfaciendo à esta duda, digo que obtendrá la prelacion el que sea anterior en tiempo. (1) Lo qual se entiende, à menos que en algun caso particular les competa privilegio especial, como sucede en el Primipilo, pues entonces se dará al que lo tenga. Pero en los no privilegiados si se dudare quál es primero en tiempo, será preferida la dote legitima, con tal que el Fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, pués hallandose, será pospuesta. (2)

88 Por lo respectivo à los demás acreedores, si la muger concurriere como uno por su dote legitima, numerada, y entregada à su marido ante Escribano, y testigos, y no confesada, será preferida por la hipoteca tacita à todos los anteriores, que la tengan, y à los posteriores, aunque la suya sea general expresa, contandose el tiempo desde el dia en que el matrimonio se celebró *in facie Ecclesiæ.* Lo qual procede, aun quando los bienes pro-

dem, et ibi glos. verb. Patris, et Bart. Paul. de Castr. in leg. Si Probus 1. Cod. eod. tit. Peregrin. dicho lib. 6. tit. 4. n. 41. Morl. in Emporr. jur. part. 1. tit. 9. n. 98. Cuzm. de Eviction. quæst. 8. n. 19. Boler. dicha quæst. 18. n. 12.

(1) Ley Quamvis 2. Cod. de Privileg. Fisci. ley Dotis 68. Cod. de Jure dotium y ley 33. tit. 13. Partid. 5. y en ella el Sr. Gregor. Lop. glos. 2. Boler. quæst. 18. cit. num. 10. y 11.

(2) Ley In ambiguis 70. ff. de Jure dot. ley In ambiguis 85. ff. de Regol. jur. y ley Dotium 1. ff. Solut. matrimon. Boler. tit. 5. quæst. 15. n. 8. y 9.

prometidos al marido en dote se le entreguen posteriormente, pues en este caso se retrotrae la obligacion de responder de ellos al de la celebracion del matrimonio; y del mismo privilegio gozará, aunque no conste la entrega ante Escribano, si en contradictorio juicio con los demás acreedores justifica en legal forma por otro medio haberla llevado al matrimonio, y entregado à su marido. (1) Pero es de advertir, lo primero, que si la muger no expresa formalmente que lleva sus bienes al matrimonio por dote, aunque los entregue realmente à su marido, no obtendrâ el privilegio de prelacion, por no ser dote. (2) Lo segundo, que en el matrimonio de futuro, ò promesa de contraerlo, si es rica, se entiende prometer tacitamente sus bienes en dote à su futuro marido, y asi la competirá el privilegio de prelacion, excepto que el marido tenga con que alimentaria, pues entonces no se presume sino se expresa. (3) Y lo tercero, que el privilegio de la dote verdadera no se estiende à la putativa. (4)

89 Pero no será preferida à los acreedores anteriores de su marido, que tengan hipoteca expresa especial, ò general en sus bienes; (5) por lo que teniendolos hipotecados generalmente el marido à la responsabilidad de alguna administracion: casandose despues, y obligandolos à la de la dote de su muger; si al tiempo de casarse no acredita estár solvente en la administracion: continúa con ella algunos años: sale alcanzado: y faltan bienes con que rein-

(1) Ley Licet 7. Cod. Qui potiores in pignor. habeant. y ley 33. tit. 5. Partid 5. glos. in leg. Assiduis, Cod. Qui potiores in pignor. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 7. n. 4. y sig Gom. en la ley 53. de Toro, n. 52. Cur. Philip. lib. 2. Comet. terr. cap. 12. n. 38. y 42.

(2) Ciriac. Controvers. 88. y 110. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 15. Vela dissert. 21. n. 68. Sr. Covar. de Sponsal. part. 1. cap. 5. n. 5. y 6. Barbos. in Rubr. part. 4. n. 1. et in leg. 1. ff. Solut. matrimon. part. 3. n. 34. y 35. y part. 6. n. 25.

(3) Bald. in cap. Juravit, de Jurejurand. Sr. Covarr. dicho capit. 5. Cur. Philip. ibi, n. 35. y 36.

(4) Ley unica, §. Taceat in ea 5. Cod. de Rei uxoriæ action. Cur. ibi, n. 37. Acev. en la ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop. n. 4.

(5) Ley 33. tit. 13. Partid. 5. verb. *Otrosí la muger*: Cur. ibi, n. 42. Boler. tit. 5. quæst. 3. n. 5.

reintegrar la dote, y el alcance: no obtendrá preferencia la muger, sino el dueño del alcance por su anterioridad en la hipoteca general; pues no se mira al tiempo en que se descubre el alcance, sino al de la hipoteca, que es anterior, porque se presume que quando se casó, ya era deudor. Lo qual no sucederá si la muger acredita que entonces se hallaba solvente, pues aunque la obligacion à la administracion estaba otorgada antes, no eran responsables à ella sus bienes, porque nada debia, y asi no empezaron à serlo hasta despues de casado, en cuyo tiempo ya se hallaban ligados à la satisfaccion de la dote, y es lo mismo que si despues de otorgada ésta, se le hubiera encargado aquella.

90 Tampoco será preferida la muger por su dote legitima al acreedor posterior, que prestó graciosamente dinero à su marido, para emplearlo en alguna finca, ò alhaja señalada, si la compró con él, la hipotecó especialmente à su responsabilidad, y al tiempo del prestamo se pactó expresamente que le entregaba el dinero para ello; pues por la especial, y expresa hipoteca, y fin del destino del dinero la preferirá en la finca comprada, (1) porque quando principió ésta à ser responsable à la dote, ya lo era al precio con que se adquirió; pero no, si faltó el pacto.

91 Y si el dinero prestado fue para reparar nave, casa, ù otro edificio, ò pagar su alquiler, ò el del almacen en que existe la alhaja, ò conducirla de una parte à otra; ò para satisfacer su trabajo à los oficiales, que lo emplearon en ella, ò alimentar à los sirvientes, ò al ganado, ò para otro beneficio de la misma alhaja, y lo prestó simplemente sin pacto, ni convencion, serán preferidos al mutuante la dote, y Fisco, excepto que sean posteriores en tiempo: (2) acerca de todo lo qual vease à *Bolero* en el

(1) Leyes 27. y 34. tit. 13. Partid. 5.

(2) Leyes 28. y 29. tit. 13. Partid. 5. y leyes Interdum 5. y Hujusmodi 6. ff. Qui potiores in pignor. habeant. Boler. tit. 5. quæst. 3. ex n. 8. al 28.

el lugar que se cita, pues recopila quanto exponen los Autores.

92 Por las arras, ò donacion que el marido hace, y entrega à su futura esposa, para aumentar su dote, si las incorpora en su contrato dotal, y no de otra suerte, en cuyo caso se constituyen dotales: y por la dote, que ésta promete aumentar de lo que constante matrimonio herede, ò la donen, y el esposo antes de casarse se obliga con sus bienes en las Escrituras nupciales à tener por dote, si se verificase, y constare su recibo mientras están casados (pues de ambos modos se puede hacer el aumento de dote, y asi se debe entender lo que en confuso dicen las leyes, y los Autores, y en este caso se retrotrae la obligacion al tiempo del casamiento) será preferida al acreedor expresado en el numero anterior; pero por la simple donacion *propter nuptias*, que antiguamente se hacia, y en cuyo lugar están subrogadas oy en España las arras, que el esposo ofrece à la esposa por sus recomendables prendas, no obtendrá la prelacion; y la razon es, porque en los dos primeros casos trata de evitar el daño que se la irroga, de perder, y no cobrar lo que es suyo; y en este ultimo de adquirir el lucro que por la oferta puede tener. (1) Tampoco la obtendrá por los alimentos por retardacion de la entrega de su dote; ni por los bienes paraphernales que su marido administró; ni por lo que se la debe, por haberla desflorado, ò quitado su virginidad, (que llaman precio de sangre,) y solo la competirá hipoteca tacita contra los de el desflorante; y asi, concurriendo con otro acreedor de él, ò de su marido que la tenga, será preferido el primero en tiempo. (2) Pero por las usuras, ò intereses de la dote prometida, y no pagada la competirá la prelacion contra el promitente, si se han pactado, porque

(1) Ley Assiduis, y glos. in leg. ultim. al fin, Cod. Qui potiores in pignor. habeant. Authent. de Æqualitat. dotis, §. His consequenter, collat. 8. et ibi glos. ley 29. verb. *Fueras cnde*: tit. 13. Partid. 5. y en ella el Sr. Gregor. Lop. glos. 2. Fontanel. de Pact. tom. 2. part. 2. clausul. 5. glos. 1. n. 83. y claus. 7. glos. 1. n. 4. y 14. Boler. tit. 5. quæst. 4. num. 1. al 5.

(2) Boler. ibi, n. 6. al 9. y n. 17. hasta el fin.

que son connexos à ella, y se la deben por la naturaleza del contrato, y de oficio del Juez. (1) Y si no se han pactado, se duda, y están varios los Autores, y los mas siguen la afirmativa, fundados en que la dote, y sus usuras tienen tal conexion entre sí, que constituyen un debito, y estas aumentan la suerte principal, que es la misma dote, porque como queda expuesto, se deben por la naturaleza del contrato, y de oficio del Juez, sobre lo qual vease à *Bolero tit.* 5. *quæst.* 4. *ex num.* 11. *al* 16.

93 Ocultando la muger algunos bienes de su dote, ò de su marido concursante, ò que va empobreciendo, y pretendiendo que en los manifestados se la haga pago de ella con preferencia à los demás acreedores ¿ se duda si por esta ocultacion fraudulenta perderá el privilegio de prelacion que el derecho la concede, y podrá, ò no ser encarcelada? Y para la solucion de esta duda se presuponen dos casos: El primero, quando la muger no está obligada en los contratos de su marido, en cuyo caso parece que debe ser presa, y perder el privilegio; lo primero, porque está obligada à manifestar los bienes de su marido difunto, (2) y si oculta algunos de la herencia comete delito, por cuya perpetracion, y dolo puede ser encarcelada, y detenida hasta que exhiba los que se pruebe haber substraído, à fin de que se valúen, y apliquen en parte de pago de su dote, ò para los demás acreedores; y tambien castigada con pena extraordinaria à arbitrio del Juez, atendida su qualidad, y la de la causa, pues el noble pierde igualmente el privilegio, y puede ser preso, (3) y el dolo à nadie debe patrocinar. (4) Y lo segundo, por-

(1) Bart. Bald. Angel. Alber. y Salicet. en la ley Lucius, ff. Qui potiores in pignor. Socin. consil. 15. lib. 4. Alciat. consil. 150. n. 2. lib. 5. Minsinger. centur. 1. observat. 59.

(2) Glos. in leg. 2. Cod. Quando, et quibus quarta pars. Bald. in leg. 1. Cod. de Natural. liber. Casaneo ad Constuetudin. Burgund. §. 21. n. 9. al fin.

(3) Cancer. lib. 3. Var. cap. 17. n. 516. Baez. de Inope debitore, cap. 15. n. 7. y sig. y n. 16. cap. 16. n. 19. y 24. y cap. 17. numer. 13. Narbon. in leg. 14. tit. 2. lib. 6. glos. 1. n. 81. y sig.

(4) Ley Nec ex dolo, ff. de Dolo, ley 3. ff. de Transaction. ley 15 qui dolo, ff. de Reivindi-

ca-

porque el hijo que dolosamente oculta algo de la herencia, pierde el beneficio de su abstension, ò repudiacion, y se estima haberla aceptado; (1) el heredero estraño pierde el que el derecho le concede de sacar la quarta falcidia, (2) como senté en el cap. 1. num. 101. lib. 1. de esta segunda parte; y el concursante que oculta los que tiene, pierde el de la cesion, (3) segun queda referido en el num. 6. de este capitulo; por cuyos fundamentos parece que *à paritate rationis* debe perder la muger el privilegio de prelacion.

94 Sin embargo de las razones expuestas, lo contrario es lo cierto, y asi será preferida à los demás por el residuo de su dote, que no haya substraído, ni tomado: (4) lo primero, porque de que la muger cometa delito, que es puramente personal, y por él se la castigue, no se deduce que debe perder el privilegio de prelacion, que es real, y por favor público está concedido à la dote, y à su exaccion; ni influye para esto en cosa alguna. Y lo segundo, porque aunque el hijo se constituya indigno del auxilio legal de la repudiacion, y el heredero pierda la quarta falcidia, no se priva à aquel de la herencia; y à este se impone solamente la pena del duplo: (5) ni el que el noble pierda el privilegio de no poder ser preso, es adoptable al presente caso, porque el noble es deudor, y no se le puede castigar con otra pena; pero la muger nada debe à los acreedores de su marido, ni sus bienes dotales les

cation. y ley Si ex dolo, ff. de Re judicat.

(1) Ley Si servum 71. §§. Prætor ait 3. Si quis suus 4. y Non dixit Prætor 5. ff. de Adquirend. hæredit. et ibi DD.

(2) Ley Paulus, y ley Beneficio, ff. ad Leg. Falcid. y Authent. de Hæredibus, et falcidia, §. Sancimus igitur, et ibi glos.

(3) Ley 4. tit. 15. Partid. 5. et ibi glos. 4. y ley ultim. §. fin. ff. Quæ in fraudem creditor. Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 52. vers. *Quod limita*: y en la 79. de Toro num. 2.

(4) Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16. n. 33. y 34. Boler. tit. 5. quæst. 9. n. 7.

(5) Ley final, § Licentia, vers. *Il o videlicet observando*, Cod. de Jure deliberand. ley 9 tit. 6. Partid. 6. et ibi glos. 1. et in leg. 6. ejusdem tit. et Partid. glos. 6. Gutier. dicho cap. 16. n. 17.

les están obligados; por lo que ninguna otra pena merece que la personal, hasta que manifieste los bienes substraidos, ni las leyes se la imponen, ni privan del privilegio de prelacion. (1) Y asi se decidió en este año de 1780. por la Real Junta de Comercio en el pleito seguido por Doña Catalina Xaviera de Aguilar, viuda de Don Blas Caballero, con los acreedores de la Compañia de la Zarza, y con el Señor Fiscal, sobre preferencia de su dote; y *Bolero* expresa haberse determinado tambien por el Supremo Consejo de Castilla juntas dos Salas. Pero si la muger estubiere obligada en el contrato, deberá estár presa hasta que pague, y no gozará del privilegio de no poder serlo por deuda civil. (2) En quanto à si la muger, que con su luxo, y desordenada profusion dió causa à que su marido por hallarse gravado con deudas, hiciese concurso, deberá, ò no perder el privilegio de prelacion, lo trata *Bolero* en el *tit.* 5. *quæst.* 10. y se inclina à la afirmativa; pero no se prueba en derecho, ni jamás lo he visto, no obstante acaecer con mucha frequencia, porque se entiende que se lo permite su marido, y por consiguiente que éste es el disipador.

95 En concurrencia de dos dotes legitimas, verdaderas, y numeradas, debe ser preferida la primera como anterior en tiempo: pero esto se limita en quanto à los bienes dotales de la segunda que existen, y son conocidos; pues aunque se hayan entregado apreciados al marido, como ambas dotes gozan de igual privilegio, y son de una misma naturaleza, y los de la muger segunda no perdieron la de dotales por el aprecio, ò valuacion que de ellos se hizo, ni ésta trata de adquirir su nuevo dominio, sino de recuperarlo; es preferida en ellos à la primera. (3) Sobre todo lo qual vease lo explicado en el cap. 2. §. 2. de mi primera parte. Pe-

(1) Gutier. dicho n. 33. y sig.

(2) Narbon. en dicha ley 14. tit. 2. lib. 6. num. 38. Gutier. ibi, n. 35. Boler. dicha quæst. 9. numer. 11.

(3) Dicha ley 33. tit. 13. Partid. 5. verb. *Pero si un ome*: y ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. Authent. Ut exactio dotis, §. 1. collat. 7. y Authent. Si tamen, Cod. Qui potiores in pignor. habeant.

96 Pero no no puedo dexar en silencio el siguiente caso, que ya toqué en el cap. 1. §. 23. n. 250. y 251. de mi primera parte, y aqui, como en su propio lugar, trataré con mayor claridad, y extension: "Un padre se casó dos, »ò mas veces; llevaron sus mugeres dote estimada con esti»macion, que causó venta, y en la primera procreó tres, »ò mas hijos, los quales quedaron baxo de su patria po»testad. Por muerte de ella se hizo particion, y formó à »cada hijo su hijuela materna, y los bienes de todos en»traron en poder del padre, como su legitimo administra»dor. Hecho esto, ò antes de practicarse, se bolvió à ca»sar, y entregó à los dos hijos sus legitimas maternas, »por haber tomado estado; y antes, ò despues de casar»se falleció en la edad pupilar, ò abintestato en su po»der, ò fuera de él, sin succesion el otro hijo; y poste»riormente murió el padre sin dexar bienes suficientes para »pagar à la muger ultima su dote, ni tampoco à los hijos »superstites el importe de la legitima materna de su her»mano muerto, que su padre percibió, y debió reservar»les por su tránsito à segundas nupcias. En vista de esto, »pretende la viuda ser preferida por el importe de su dote »à sus hijastros, y éstos à ella por la legitima de su her»mano muerto. ¿Se pregunta, à quál se deberá pagar pri»mero, no habiendo bienes conocidos de una, ni otra?

97 Esta dificultad, que no hallé tocada en los Autores, acaso por no haberlo sido para ellos, y acerca de la qual he oído (no sin admiracion) opinar con variedad à Letrados, no puede disolverse sin tener presentes tres cosas: la primera, ¿de qué privilegios goza la muger por su dote; à quiénes se transfieren, quándo se extinguen, y si una vez extinguidos, renacen? La segunda, ¿de quáles gozan, y qué accion compete à los hijos para pretender la herencia de su hermano? Y la tercera, ¿de quién reciben los hijos superstites la parte vacante por muerte de su hermano; si de éste, ò de su padre, ò de su madre?

98 Y procediendo à la satisfaccion de estas preguntas, digo à la primera, que la muger por su dote numerada, y verdadera goza de dos privilegios, uno de tacita hipo-

teca contra los bienes de su marido; y otro de prelacion à qualesquiera acreedores anteriores de éste, que la tengan, y à los posteriores de general expresa; cuyos privilegios se transfieren como personales à sus hijos, segun senté en el cap. 2. de mi primera parte §. 2. num. 50. y en los numeros 49. y 54. de éste; y una vez apoderados, y entregados, ù otro por su representacion de la parte que les cupo segun la institucion materna, y numero de instituidos, se acaban la hipoteca, y derecho de pedir, porque no hay materia sobre que recaiga, (pues segun derecho (1) con la paga se extinguen no solo la deuda, sino todos los derechos, y acciones del acreedor, y los de hipoteca, y prenda,) y una vez acabada, y extincta, no renace, por lo que ya no se debe mirar à su origen, porque éste espiró con la misma accion; y afirmar lo contrario es clasico absurdo, y nimio alucinamiento, y preocupacion, pues à mas de no haber texto que lo diga, repugna à la razon natural el que se extinga la accion, y haya cesado el motivo de su concesion, y viva, y subsista su origen. A la segunda digo, que à los hijos supersstites concede el derecho solamente el privilegio de tacita hipoteca, para repetir la herencia de su hermano premuerto, como igualmente senté con legal apoyo en el citado cap. 1. §. 23. num. 246. y 249: en el lib. 2. cap. 5. §. 1. num. 5. de esta segunda parte: y en el num. 25. de este capitulo. Lo qual procede, quando han provenido de su madre, ò de su linea, à cuya reservacion se estiende unicamente la obligacion del padre, y no à los que el hijo adquirió por otro titulo; por lo que no la tiene de reservarles éstos, como expuse en el num. 9. del referido cap. 5. Y à la tercera digo, que si muere el hermano antes que su padre se buelva à casar, entonces como que éste adquiere el dominio pleno en sus bienes, por ser su heredero forzoso segun la ley 6. de Toro, reciben inmedia-

(1) Institut. Quibus modis tollitur obligatio. ley Item liberatur 6. ff. Quibus modis pignus, vel hipotheca solvitur. ley In omnibus 43. ff. de Solutionib. y leyes 1. y 3. tit. 14. Partid. 5.

diatamente de él los superstites la parte vacante, porque en el instante que se casó, lo perdió, y se transfirió en sus hijos, y solo le quedó el usufruto. Y si muere despues de casado su padre, la reciben de su hermano, y como sus parientes mas cercanos se les transfiere su dominio, porque su padre jamás lo tubo, à causa de estár impedido de adquirirlo al tiempo del fallecimiento de su hijo, en quien como dueño residía. Pero de su madre en ningun caso la reciben: en el primero, porque hay interposicion de dos personas, que son el hijo, y su padre, en quienes por muerte de la madre se transfirió *pleno jure* por orden succesivo su dominio; y en el segundo de una, que es la de su hermano, en el qual se extinguió el privilegio de prelacion, por hallarse reintegrado de su haber materno, y no quedarle accion alguna contra su padre, para repetirlo; y asi perdió en ambos casos el nombre de dote, y herencia materna, y los privilegios de tacita hipoteca, y prelacion que à la dote está concedida, y le quedó el de herencia fraterna; y solo en el de bolverse à casar el padre, nace nuevamente por otras legales disposiciones, y motivos el privilegio de tacita hipoteca contra sus bienes, en pena de haber pasado à otras bodas.

99 De estos inquestionables antecedentes (cuyos fundamentos es necesario confesar, ò borrarlos del derecho) se deluce por precisa sequela que la muger segunda debe ser preferida por su dote à los hijos de la anterior, que pretenden la herencia de su hermano, excepto en el caso que explicaré en el numero siguiente: lo primero, porque éstos solo tienen hipoteca tacita en los de su padre sin otro privilegio; la qual puede ser anterior, ò posterior al de la dote segunda, segun el tiempo del fallecimiento del hijo, y casamiento de su padre; es asi que la muger no solamente goza de él, sino tambien de el de prelacion, y que por éste es preferida à todos los de tacita anterior: luego debe serlo à sus hijastros por la herencia fraterna. Lo segundo, porque este privilegio de preferencia se transfiere à los hijos solamente, para repetir la dote, quan-

do

do no se hallan reintegrados de ella, ò de la parte que segun el numero de instituidos, è institucion corresponde à cada uno; pero no, si lo están, como en el presente caso. Lo tercero, porque en el instante que se les hizo el pago con la aplicacion à cada uno de la porcion que le tocaba, y à la que tenia derecho unicamente, se extinguieron todas sus acciones reales, y personales contra su padre, y aun la misma deuda; por lo que ninguna les quedó contra sus bienes por la dote de su madre; y una vez extinguida la accion, no revive. Lo quarto, porque aunque su hermano muera en la edad pupilar, no son herederos suyos, viviendo el padre, pues solo éste lo es legitimo en virtud de la ley 6. de Toro, el qual no casandose, como dueño *pleno jure* que es de su herencia, ya provenga, ò no de la dote de su madre, puede enagenarla, y hacer de ella lo que quisiere, sin que los demás hijos tengan potestad para impedirselo, ni reivindicarla del tercero poseedor, ni el padre esté obligado à reservarsela, porque ninguna ley se lo manda en este caso; y asi la accion, que en el de casarse les compete, no es dotal (como algunos con error visible creen) sino penal, pues el derecho impone al padre en pena de bolverse à casar, la obligacion de reservarles no solo los bienes dotales, sino los que por otro qualquier titulo compitieron à su madre, y hubieron de ella; y si fuera dotal, solo se estenderia à los dotales, y no à otros. Y lo quinto, porque à la madre impone tambien la obligacion de reservacion por las propias razones, quando hubo algo del padre, ò de algun hijo habido de éste, y muerto *ab intestato*; y no siendo, como no son, nì pueden ser dotales los del padre, y compitiendoles como les compete contra su madre la misma hipoteca tacita, quando se buelve à casar, se corrobora, y comprueba mas no ser dotal la accion; y se sigue que no les está concedida por este respecto, sino por via de pena, por la que tienen tacita hipoteca, la qual empieza en el instante que se casan segunda, ò mas veces el padre, ò la madre, y no antes; ni trae otro origen que de el hecho del casamiento; y como al tiempo de éste ya están obli-

ga-

gados expresamente los bienes del padre à responder de la dote segunda; y aun quando se obligára posteriormente à ello, es preferida la dote por el privilegio de prelacion à todas las hipotecas tacitas anteriores; por eso debe serlo la muger segunda à sus hijastros por la herencia de su hermano, en caso de no existir bienes conocidos que hayan sido de su madre, pues si los hubiere, lo serán à ella, no por accion dotal, porque ésta espiró, y no renace, sino por la de dominio, (al modo que ésta en los dotales conocidos suyos que existan, lo será à la dote primera por la propia accion) pues quando el padre se casa antes que muera el hijo, no lo adquiere en ellos, porque lo tiene éste; y quando se casa despues de muerto, pierde el que adquirió, y pasa à los hermanos del difunto, en pena de haberse buelto à casar, y solo le compete su usufruto, mientras viva.

100 Por los bienes extradotales de qualquier clase provenientes de la madre, y entregados al padre, compete à los hijos tacita hipoteca contra los de éste; mas no el privilegio de prelacion; por lo que concurriendo con la dote segunda, no la preferirán, porque la dote tiene el de prelacion, y por éste prefiere à todas las tacitas anteriores. (1) Y asi para que la prefieran, y no sean perjudicados en su importe, conviene que el padre antes que reciba la dote de la muger segunda, y se case, formalice Escritura de inventario con especificacion de ellos à presencia de Escribano, y testigos, y se obligue con su persona, y los suyos presentes, y futuros à restituirselos, ò su importe, y darles cuenta con pago, quando salgan de su poder, ò hipoteque especialmente à su seguridad bienes raices equivalentes, y saneados; y de esta suerte serán preferidos à la dote segunda, no por la hipoteca tacita, sino por la general, ò especial expresa que les compete en virtud de la obligacion constituida por su padre antes de recibir, y de obligarse à responder de la dote segunda, y es preferida siendo anterior, à la posterior con

(1) Leyes 23. 24. y 33. tit. 13. Partid. 5.

con privilegio de prelacion. (1) Y lo mismo procede por la propia razon, por la mitad de gananciales, que la tocaron, y el padre debe entregar à sus hijos; y por los bienes reservables.

101 En quanto à la graduacion de los demás acreedores fuera de la Iglesia, dote, y Fisco, se limíta la regla general sentada en el num. 62. en los casos siguientes; el primero, quando el acreedor posterior entrega algunos bienes suyos al deudor en commodato, ò en otra qualquiera manera, en que no se le transfiere el señorío de ellos; pues en este caso como que son suyos, y no del deudor, le compete la accion de dominio para su reivindicacion: y asi será preferido à todos los demás anteriores por privilegiados que sean. (2) Y lo mismo será en su precio, si el deudor la enagena, y quiere pasar por la enagenacion, que éste hizo. (3)

102 El segundo es en quanto à la cosa vendida, y no pagada: para cuya inteligencia es de advertir, que si el vendedor no la fió, ni el comprador le dió prenda, ni fiador, ni tomó plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago; aunque le haya dado su posesion el vendedor, será preferido en ella à todos los acreedores del comprador, pues por el apoderamiento, y tradicion no se le transfirió su dominio, respecto no haberla satisfecho, ni convenidose el vendedor en esperarle, ò fiarle; pero si se la dió fiada, y entregó, no lo será, porque por la entrega se le transfirió. (4)

103 Y para que el comprador no adquiera su dominio, aunque sea despues de la tradicion, ò posesion, debe prevenirse en la venta: *que hasta que pague el precio no se le ha de transferir el de la alhaja vendida, sino antes bien*

(1) Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. n. 33. Sr. Salg. Labir. part. 2. cap. 21. n. 5. Sr. Valenzuel. consil. 86.

(2) Ley 3. tit. 27. Partid. 3. ley 11. al fin tit. 14. Partid. 5. ley Procuratoris 5. §. Plane 17. vers. *Sed si dedi*, ff. de Tributor. action. ley Filius, y ley Cum fundum, §. Servum tuum, ff. Si certum petet.

(3) Ley 7. tit. 10. Partid. 3.

(4) Ley 46. tit. 28. Partid. 3.

bien ser visto que la tiene en precario: è hipotecarla especialmente à su responsabilidad; con cuya cautela no lo adquiere en ella, y como queda en el vendedor, será prepuesto à todos los acreedores hipotecarios anteriores à él, aunque sean la dote, y Fisco; (1) pues el dominio, y posesion se pueden transferir con condicion. (2)

104 Pero la Iglesia, Fisco, menores, Comunidad, y Republica tienen la prelacion de dominio, aunque sea despues de la tradicion, ò posesion, porque no pueden vender al fiado: y asi de ningun modo, ni en caso alguno se transfiere en el comprador hasta que les satisface el precio de la cosa, que le vendieron. (3)

105 El tercero, quando el acreedor prestó dinero sin interés al deudor, para comprar alguna alhaja, y con efecto la compró, y al tiempo del prestamo, y en la Escritura que de él hizo, se pactó expresamente que la misma alhaja habia de quedar, y quedaba hipotecada especialmente à la responsabilidad del dinero mutuado; pues en este caso, y no en otros terminos será preferido igualmente en ella à los demás hipotecarios anteriores. (4) Y lo propio milita para con el que dió el dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, (5) porque versa identidad de razon.

106 El quarto, quando prestó graciosamente al deudor alguna suma para redificar nave, casa, ù otro edificio; pagar el alquiler de la en que existe la cosa hipo-

(1) Ley Cum manusata, §. fin. ff. de Contrahend. emption. ley Ea quæ distracta 20. ff. de Precario. ley Servi 16. ff. de Pericul. & commod. rei vendit. ley 3. Cod. de Pact. inter emptorem, & venditor. y ley 30. tit. 13. Partid. 5. verb. *Otrosi decimos*.

(2) Ley Qui absenti 38. §. 1. vers. *Hoc amplius*, ff. de Acquirend. possess. y ley Dotis fructum 7. §. Si res 3. vers. *Enim vero*: ff. de Jure dot.

(3) Boler. tit. 5. quæst. 3. y sig. Peregrin. de Jure fisci. lib. 6. tit. 6. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 1. y 2. Sr. Valenzuel. consil. 189. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 24. n. 21.

(4) Dicha ley 30. tit. 13. Partid. 5. Carlev. tit. 3. disp. 27. numer. 2. y 3.

(5) Doctor. in leg. fin. Cod. de Pignor. Authent. Quo jure, Cod. Qui potiores in pignor. Cur. Philip. dicho §. 12. n. 16. al fin.

potecada, transportarla, ò para otro beneficio de los referidos en el num. 91. pues acreditando en legal forma (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interés, convertidose en él, y ser necesario; y existiendo la cosa beneficiada, será preferido en ella como refeccionario à los demás acreedores hipotecarios anteriores, que no lo sean, excepto al Fisco, dote, y arras dadas à la muger por aumento de su dote, (1) como en dicho numero queda sentado.

107 Pero se ha de tener presente, que si concurren varios refeccionarios de la finca, ò alhaja, solicitando cada uno prelacion en ella por su credito, se han de graduar, y pagar por el orden inverso, ò contrario à los demás creditos: quiero decir que el ultimo que la refeccionó, es el primero que debe ser pagado, porque la conservó; y asi retrocediendo à los anteriores por su orden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo, sino la causa, (2) y la de este privilegio es la conservacion, sin la qual no existiera la finca, ò hubiera padecido ruina, ò grave decremento.

108 El quinto, quando entre los acreedores hay uno, que arrendó al deudor alguna alhaja raiz; pues por lo que el conductor esté debiendo de su arrendamiento, será preferido à los demás anteriores: (3) si es heredad en sus frutos, por la hipoteca tacita: y si es casa, en los bienes que en ella existen, en los que le compete la misma hipoteca, porque la ocuparon, devengaron su alquiler, y alli se conservaron; y porque la habitacion es parte de alimentos, los quales son preferidos, como en el num. 121. diré.

Pe-

(1) Ley 26. al fin, y leyes 28. y 29. tit. 13. Partid. 5. y ley Interdum 5. ff. Qui potiores in pignor.

(2) Ley Privilegia 23. ff. de Rebus authoritat. judic. possident. y ley Hujus 6. ff. Qui potiores in pignor. Sr. Greg. Lop. en la ley 26. tit. 13. cit. glos. fin.

(3) Ley 25. cap. 3. tit. 21. lib. 4. Recopilat. ley Item quia 4. ff. de Pact. ley Debitorem 32. ff. de Pignor. leyes 2. 3. y 4. ff. In quibus causis pignus, vel hipotheca. ley Certi juris 5. Cod. de Locato. Calev. tit. 3. disp. 29. n. 19. Sr. Salgad. part. 3. Labir. cap. 9. numer. 10. y 16.

109 Pero la hipoteca, y prelacion, que se adquiere por la tacita reconducion, no obra sus efectos desde el dia del primer contrato, ò locacion, sino desde el de la reconducion, en que interviene el tacito consentimiento de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en la cosa locada; por lo que concurriendo el locador con los acreedores, que contrajeron con el conductor despues del arrendamiento primero, y antes del tacito, ha de ser postergado, ò pospuesto à ellos por su reconducion. (1) Lo qual entiendo, excepto que la Escritura de locacion contenga la clausula que estendí al fin del num. 37. del cap. 2. de este libro, pues conteniendola, no habrá diferencia entre la locacion, y tacita reconducion.

110 El sexto, quando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado alhaja raíz en emphiteusi al deudor: pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella à los demás por el principal laudemio, y reditos. (2) Y lo propio milíta para con el que vende alguna à censo reservativo al quitar, pues en la práctica se estima tenerla; bien que Carleval (3) es de contrario sentir por las razones que expone.

111 Quando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censualista, ò alimentario ocurre à él, pretendiendo su pension anual, puede el Juez hacerle pago asi de la vencida hasta entonces, como de las que corran en lo succesivo, y para seguridad de éstas, usar de tres medios; el primero mandar se entreguen à otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados, con el gravamen, y obligacion de pagar al censualista mientras viva, los reditos anuos estipulados, y fenecida, queden libres de este gravamen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censualista; por cu-

(1) Marescot. lib. 1. Var. cap. 5. Noguerol. Allegat. y n. 21. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 27. n. 67. Gait. de Cred. cap. 7. quæst. 11. n. 21. y 49.

(2) Sr. Castill. lib. 4. Controvers. cap. 86. n. 27. vers. *Quinto*: Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. numer. 47. y cap. 3.

(3) Carlev. tit. 3. disp. 28. numer. 22. y 23.

cuyo medio éstos padecen solamente el retraso en el pago de sus creditos, pero no los pierden. El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el concurso, se pague al censualista lo que se estime por el valor del censo, atendido el tiempo corrido desde su constitucion, y el estado de su salud, y lo que podrá vivir; cuya consideracon quedará al arbitrio del Juez docto, imparcial, y prudente, el qual si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio, y estimacion cierta, debe acceder à su convenio, y aprobarlo. Y el tercero es, que por via de prenda se consigne al censualista alhaja cierta fructifera tasada en lo justo, y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por reditos de éste, y despues de ella buelva al cumulo del concurso, à fin de que se aplíque, ò su valor al acreedor de mejor grado; (1) y este medio me parece el mejor; previniendo que respecto ser regular que al tiempo de la constitucion del censo haya hipotecado especialmente el censuario bienes, ò fincas determinadas, cuyo producto líquido cubra la pension annua, y que con ellas se haya contentado el censualista, se le pueden consignar para el pago de ella, con obligacion de bolver el exceso que sobre: lo qual se entiende, no hallandose en peor estado, que quando se hipotecaron.

112 El septimo, quando el deudor se vá huyendo con sus bienes, y el acreedor le sigue, y prende, ya sea por sí solo si no encuentra Juez, ò con autoridad de éste, habiendolo: pues en los aprehendidos es preferido à los demás iguales en la hipoteca, y privilegio, aun en el caso de que nada les quede que haber, porque à no ser por su vigilancia, para nadie habria, pero no debe hacerse pago de propia autoridad, sino entregar los bienes à disposicion del Juez, para que de su valor se lo haga. (2)

El

(1) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 20. n. 25. y sig.

(2) Ley Ait Prætor, §. Si debitorem, ff. Quæ in fraudem creditor. ley 10. tit. 15. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. fin.

113 El octavo, quando el acreedor dió en fiado al deudor algunas mercaderías, ò efectos, y éste las recibió con animo de huir, y quebrar; pues por este dolo son habidas por no fiadas, y asi será preferido en ellas à los demás, porque su dominio queda en el vendedor, y como dueño de ellas ninguno de los otros le debe disputar la prelacion. Y para que se conceptúe que esta compra fue hecha con animo de ausentarse, y dar en quiebra, debe probarlo el vendedor por algunos, à quienes el comprador lo haya dicho; ò hacer la fuga, ò quiebra tres dias despues de la compra, porque si pasaren mas, estará en el prudente arbitrio del Juez el estimarla, ò no por tal. (1) Pero si el acreedor fuere la Iglesia, Fisco, Republica, Comunidad, ò menor, tendrá preferencia en ellas, si existen, aunque hayan transcurrido mas que los tres dias desde su recibo hasta la fuga, ò quiebra, por falta de translacion de dominio, (2) como en el num. 104. expuse.

114 El nono, quando su credito proviene de deposito, y por instrumento ante Escribano, y testigos acredita haberlo hecho en el deudor, pues no basta la mera confesion de éste, para perjudicar à los demás, que son sus acreedores por otra causa, ni goza el confesado del privilegio del numerado. (3) Y para la inteligencia de esto se presuponen dos casos: el primero, quando concurren muchos acreedores por razon de varios depositos verdaderos de dinero hechos en el deudor à presencia de Escribano, y testigos en diversos tiempos, y contienden entre sí acerca de la prelacion. En cuyo caso todos deben ser satisfechos à prorrata, no obstante que unos sean mas anti-

(1) Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 3. Giurb. observat. 93. num. 9. y observ. 94. per tot. et præcipue in n. 30. et 31. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 3. Boler. tit. 5. quæst. 3. n. 23. Menoch. de Arbit. cas. 39.

(2) Peregr. de Jure fisci, lib. 6. tit. 6. Giurb. ad Consuetudin. capit. 13. glos. 3. n. 31. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 24. n. 21. Boler. tit. y quæst. proxime cit. Vela dissert 30.

(3) Bald. consil. 384. al fin, lib. 1. Socin. consil. 143. al fin lib. 1. y consil. 171. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. 56.

tiguos que otros: (1) y la razon es, porque todos son personales igualmente privilegiados, en los quales, y en los chirografarios que son mere personales, no se atiende à la antiguedad, y orden del tiempo, ni por razon de éste se prefiere uno à otro en su respectiva clase, sino que todos concurren en un grado al percibo à proporcion de su credito por la igualdad en el privilegio; (2) pues el privilegiado no goza de éste, (regularmente hablando) contra el que igualmente lo es. (3) Lo qual milita, aunque el dinero esté depositado en banco público. (4)

115 El caso segundo es, quando entre acreedores de diversas clases, y por distintas causas concurren uno, ò mas, pretendiendo sus respectivos depositos verdaderos, y numerados, que hicieron en el deudor particular, ò en banco público: en cuyo caso se debe advertir, que si el deposito es *regular*, y existe la cosa depositada, debe ser preferido en ella el acreedor como su dueño à todos los personales privilegiados, è hipotecarios anteriores de qualquier clase que sean, porque le compete la accion de dominio, y no lo pierde, ni la posesion de ella. (5) Pero si la cosa no existe, será preferido solamente à los personales privilegiados, y no à los hipotecarios, porque no le corresponde la accion de reivindicacion, ò dominio, sino la de deposito, y ésta como personal siempre es vencida por la hipotecaria. (6) Se

(1) Ley Si hominem 7. §§. 2. y 3. y ley Quod privilegium 8. ff. Depositi.

(2) Ley 11. tit. 14. Partid. 5. verb. *Pero si entre*: Ley Procuratoris, §. Si plures, y §. Plane, ff. de Tributor. action. ley Privilegia 32. ff. de Rebus authoritat. judicis possidend. y ley Pro debito 6. Cod. de Bonis authoritat. judic. possidend. Boler. tit. 5. quæst. 21. n. 9.

(3) Ley Verum 11. §. Item quæritur, ff. de Minorib. y cap. Auditis, al fin de in Integrum restitution.

(4) Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 101. n. 15. Carlev. tit. 3. disp. 31. n. 3.

(5) Ley Si ventri 24. §. In bonis, vers. *Si tamen nummi*, ff. de Rebus authorit. judic. possid. ley Si is qui depositam 8. Cod. Depositi, y ley 9. al fin tit. 3. Partid 5.

(6) Dicha ley Si hominem, §. Quoties: ley Quod privilegium 8. ff. Depositi. ley Pro debito, y ley Eos 9. ff. Qui potiores in pignor. y ley 9. tit. 3. Partid. 5. cit. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 6. num. 46. y 53. Carlev. disp. 31. dicha, num. 10.

116 Se llama deposito *regular* el de alguna cosa, que no consiste en numero, peso, ni medida: ò si es dinero, está metido en bolsa, saco, ò en otra cosa cerrada, ò sellada, que se entrega al depositario, no para que lo use, sino para que lo custodie; por lo que tiene obligacion de restituir la misma alhaja, y no otra, y el propio dinero, è identicas monedas, y no otras por ellas, aunque sean de igual valor, calidad, y bondad; (1) y asi no debe faltar à la confianza, ni por consiguiente usar la alhaja, ni el dinero, pena de incurrir en la de hurto, (2) y en otras que expresé en el cap. 4. de mi primera parte §. 3. porque no se le transfieren su dominio, ni uso, antes bien los retiene su dueño, (3) y procede à recuperarlo no solo por la accion de deposito, sino por la de reivindicacion, que es anterior à todas. (4) Previniendo que el dueño debe pagar al depositario las expensas, que hizo en utilidad de la cosa depositada; bien que éste no debe retenersela con dicho motivo, (5) y lo que se practica, lo tengo dicho en el referido cap. 4. y §. 3. tom. 2. num. 51. al fin, en donde trato del deposito, y depositario.

117 Y si el deposito es *irregular*, será preferido el acreedor à todos los chirografarios del deudor, y tambien à los privilegiados anteriores, excepto à la Iglesia, Fisco, dote, Republica, y refeccionario, al que procede por accion funeraria, y à los hipotecarios especiales, o generales posteriores; y asi se graduará despues de estos siete, (6) porque le compete solamente la accion de depo-

(1) Ley 1. §. Is quoque, ff. de Obligation et action. ley 1. §. Si pecuniæ: ley Lucius 24. y ley Si Saculum 29. ff. Depositi, y ley Acceptam 19. Cod. de Usur. Boler. tit. 5. quæst. 21. n. 2.

(2) Ley Si Saculum cit. ley Si depositi 3. Cod. Depositi, y ley 12. tit. 10. Partid. 7.

(3) Ley Licet 16. §. Rei depositæ, ff. Depositi.

(4) Ley Si is qui depositam 8. Cod. Depositi, y dicha ley Si ventri, §. In bonis cit.

(5) Ley final tit. 3. Partid. 5. et ibi glos. 1.

(6) Ley 9. tit. 3. y leyes 11. al fin, y 12. tit. 14. Partid. 5. Carlev. disp. 31. dicha, n. 4. 7. y 8. al 13. Boler. tit. 5. quæst. 21. cit. n. 11. y sig.

posito, que aunque privilegiada es personal. (1) Y se llama deposito *irregular*, ò impropio el que se hace de dinero, ò de cosas que reciben la funcion en su genero, consisten en numero, peso, ò medida, v. g. trigo, vino, aceite, &c. y no se entregan al depositario cerradas, selladas, ni con otras señales que acrediten ser las mismas, pues no se le prohibe su uso, y solo constituye obligacion de restituirlas, ù otras de igual especie, calidad, y bondad en peso, medida, y numero, por lo que el dueño no conserva su dominio, antes bien pasa al depositario, el qual puede negociar con ellas, y utilizarse del lucro que reditúen; (2) y si perecen por caso fortuito, es de su quenta, y no de la de el deponente; lo que es al contrario siendo deposito regular, y no interviniendo dolo de parte del depositario. (3) Pero es de advertir, que si el exactor, ò administrador del Real Haber depositáre en su nombre, y no en el del Fisco el dinero tocante à éste, en persona privada, ò banco público, y estos quebraren, será preferido el Fisco à los demás acreedores chirografarios, aunque sean anteriores en tiempo, pues por especial privilegio adquiere la accion util, y por ella tiene el de prelacion; (4) lo qual no milíta para con los demás deponentes, à menos que el deposito del dinero sea regular, y exista, pues entonces les compete la reivindicacion, como en el num. 115. queda sentado.

118 No gozará del privilegio de prelacion, que por la accion de deposito le concede el derecho, ni por consiguiente será preferido à los demás acreedores personales el de deposito irregular, si recibió usuras, ò intereses del depositario, porque por este hecho es visto ha-

(1) Leyes Si hominem, y Quod privilegium cit. y ley 9. tit. 3. Partid. 5. Boler. ibi, n. 11. al 16.

(2) Dicha ley Si Saculum, §. 1. y ley Publia Mævia 26. §. Lucius Titius, ff. Depositi. Carlev. ibi, n. 6. Boler. ibi, n. 3. al 7. Sr. Castill. lib. 3. Controv. cap. 16. n. 24. y 38.

(3) Boler. dicha quæst. 21. numer. 2. al 4.

(4) Ley Non intelligitur, §. Multa, ff. de Jure fisci. et ibi glos. verb. *Defecerint*. al fin. Boler. ibi, n. 21. hasta el fin.

haberlo renunciado. (1) Lo qual se entiende, excepto que sea pupilo, ù otra persona que no tenga la libre administracion de sus bienes, pues à ésta se permite llevarlos por razon de alimentos. (2) Sobre quándo los acreedores por causa de deposito serán, ò no preferidos à otros, y al Fisco, vease à *Bolero de Decoction. tit.* 5. *quæst.* 21. pues en las quatro conclusiones que propone, lo explica latamente.

119 El decimo, quando hizo gastos en beneficio de los bienes del deudor comun, ya sea para su conservacion, ò para la exaccion, recuperacion, ò recoleccion de ellos, ò de sus frutos; y asi estos gastos deben ser deducidos antes que todo, y por consiguiente preferido el que los hizo, à todos los demás acreedores, porque solo el sobrante es hacienda, ò patrimonio del deudor, del qual deben ser satisfechos sus acreedores, y lo disminuyen; (3) al modo que los utiles, y necesarios hechos en las fincas dotales, disminuyen la dote, segun en el libro 1. cap. 4. num. 75. al 78. de esta segunda parte he sentado.

120 El undecimo, quando el acreedor es Juez, Magistrado, Abogado, Escribano, ù otro de los que ponen su estudio, trabajo, y oficiosidad en la defensa de los bienes del deudor comun, ò enseñan publicamente alguna ciencia; pues gozan de la misma privilegiada hipoteca por favor del estudio, y utilidad comun, que resulta à la Republica, para ser bien gobernada; y asi serán preferidos à los hipotecarios anteriores, (4) bien que con la distincion de que en aque-

(1) Dicha ley Si hominem, y §. cit. vers. *Dummodo eorum*: Rodrig. part. 1. y artic. 6. cit. n. 52. Carlev. ibi, n. 16. Sr. Castill. lib. 3. Controvers. cap. 16. n. 78. Boler. ibi, n. 10.

(2) Ley Qui nominibus 45. §. fin. ff. de Administrat. tutor. Carlev. ibi, vers. *Quam tamen*: Sr. Castill. dicho cap. 15. n. 67. Ceball. de Cognition. per viam violentiæ, part. 2. quæst. 1. n. 34.

(3) Dicha ley Quod privilegium 8. al fin, vers. *Plane sumptus*, et ibi glos. Carlev. tit. 3. disput. 29. n. 5. y disp. 32. num. 1. Avendañ. de Exequend. mandat. part. 1. cap. 17. n. 11.

(4) Ley Interdum 5. ff. Qui potiores in pignor. Carlev. disp. 32. cit. n. fin.

aquella cosa respecto la qual pusieron su estudio, y trabajo, tienen prelacion à los de tacita, y expresa hipoteca; pero en los demás bienes del deudor la tienen solamente à los de tacita. (1)

121 El duodecimo, quando el acreedor subministró al deudor comun los alimentos necesarios para su vital conservacion: en cuyos alimentos se incluyen, y estiman por tales los de los criados precisos para su honesta, y moderada servidumbre, sus salarios, y los alquileres de la casa en que vive, pues todos son preferidos à los demás hipotecarios del deudor, aunque tengan hipoteca especial, y sean anteriores. (2) Pero en quanto à los salarios de los criados se debe tener presente, que si estos existen fuera de la casa de su amo tres años, y no prueban haberselos pedido en su intermedio, prescribe el derecho de repetirlos en juicio, pasado este tiempo; mas no, habiendoselos pedido, y no querido satisfacerselos, (3) como expuse en dicho cap. 4. n. 76. y 77. Y si litigan entre sí sobre prelacion, se han de prorratear sus creditos, como de personas que forman un cuerpo, ò comunidad, sin atender à la antiguedad de su servicio, ni qualidades, sino à lo que se debe à cada uno, y al caudal de su amo. (4)

122 El decimotercio, quando se deben por derecho los alimentos al acreedor, por haberselos legado el testador: en cuyo caso compete al alimentario accion personal, è hipotecaria por los consignados sobre el fundo, ò finca que el deudor posee con este gravamen; y lo propio milita para con el alimentario del ganado. (5) Pero si un

(1) Ley 1. §. Hujus studii, ff. de Justit. & jur. Boler. titul. 5. quæst. 2. n. 29. al 45.

(2) Felician. de Censib. tom. 2. lib 3. cap. 5. n. 12. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 3. ex num. 19. Carlev. disp. 29. dicha per tot.

(3) Ley 9. tit. 15. lib. 4. Recop.

(4) Ley Verum 63. §. Si cum tres 5. ff. Pro socio, y ley Collegatum 173. et ibi Rebuf. ff. de Verbor. significat. Sr. Solorz. de Jure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 31. n. 29. y lib. 3. Polit. cap. 33.

(5) Surd. de Alim. tit. 8. privileg. 51. n. 3. Gracian. tom. 2. discept. 366. n. 6. Giurb. decis. 5. n. 13. Gutier. quæst. Canon. lib. 2. quæst. 8. n. 57.

un tercero, à quien estaban señalados en los bienes del deudor, comparece en el concurso solicitando se le prefiera à los demás acreedores, no obtendrá la prelacion, porque es acreedor mere personal. (1)

123 El decimoquarto, quando concurren acreedores privados por causa onerosa, y lucrativa con hipoteca, y constituto, ò sin ella; acerca de lo qual hay dos sentencias opuestas: la una afirma absolutamente que el que es primero en tiempo, tiene mejor derecho. Y la otra, que los hipotecarios posteriores de causa onerosa, deben preferir à los anteriores de la lucrativa, porque el derecho antepone los que tratan de evitar su daño, à los que intentan adquirir lucro, y nunca es igual su condicion, por lo que el personal posterior de causa onerosa debe preferir tambien al anterior de la lucrativa, excepto que ésta tenga hipoteca, ò constituto, pues entonces gozará de la prerrogativa del tiempo, y le preferirá. Sobre lo qual vease à *Carleval tit. 3. disp. 30.* y à *Bolero tit. 5. quæst. 17. num. 7.* que refiriendo ambas opiniones, defienden la segunda como mas arreglada.

124 El decimoquinto, quando concurren dos acreedores cesonarios, pretendiendo el uno en virtud de cesion del deudor los reditos, tercias, ò pensiones del primer año, y el otro con cesion anterior en la fecha los del año segundo; pues debe preferir aquel à éste, como primero en la hipoteca, porque aunque la cesion sea anterior, no se atiende à la antiguedad de la fecha para la concesion de prelacion, sino à la de la hipoteca, ò del contrato hipotecario; y el que es primero en ésta, lo es en derecho. (2)

125 Pero si una propia accion, ò derecho fuere cedida à dos en diversos tiempos, será preferido el primer cesonario, porque aunque son iguales en la hipoteca, y qua-

(1) Gracian. discept. dicha, Sr. Castill. de Alim. cap. 66. Surd. ibi, privileg. 52. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 24. n. 90.

(2) Ley Ex pluribus 89. §. fin. y ley Creditor 102. § Valerius 2. ff. de Solution. ley Insulam 13. ff. y leyes 2. 4. y 8. Cod. Qui potiores in pignor. Carlev. tit. 3. disput. 33. n. 2. al 4.

qualidad de credito, pero no en el tiempo en que se contrajo, y asi se ha de atender à la fecha del contrato. (1) Y si un mismo debito, ò cantidad se cediere parcialmente à dos à un tiempo, y el deudor no fuere idoneo para satisfacerla à entrambos, concurrirán à su percibo à prorrata de sus creditos, y se dividirá proporcionalmente entre ellos, porque son acreedores por identica causa. (2)

126 El decimosexto, quando la deuda hipotecaria posterior consta por instrumento ante Escribano, y testigos, en el que de fé de la cantidad, ò cosa que se pide, porque à su presencia se numera, y efectúa su entrega; ò se califica por otra prueba real, y verdadera; y la anterior en fecha aunque tambien à presencia de Escribano, se acredita solamente por mera confesion del deudor: pues en este caso el acreedor posterior en tiempo será graduado primero por la qualidad de su instrumento, que el anterior de deuda confesada. (3)

127 El decimoseptimo, quando el fiador pagó por el principal en virtud de la obligacion que por él constituyó: pues no obstante que la paga sea posterior, debe ser preferido con el lasto del acreedor à los que despues de constituída la fianza contrajeron con el deudor, porque al modo que el fiador contrajo su obligacion al principio con el acreedor, baxo la condicion de: *Si no pagáre el deudor principal*: del mismo modo está obligado éste al fiador desde entonces, baxo la de: *Si pagáre por él*; por lo que el fiador es un acreedor condicional respecto de su deudor; y mediante ser *casual*, y no *potestativa* la condicion, por estár pendiente de la casualidad, y fortuna, se retrotrae al principio; y asi el fiador aunque pos-

(1) Ley Non Quocumque 8. §. Qui Calum, ff. de Legat. 1. Carlev. disp. 33. cit. n. 5.

(2) Franchis decis. 260. Carlev. ibi, n. 6. Felician. de Censib. tom. 1. lib. 3. cap. 5. n. 2.

(3) Ley Titius 4. ff. Quæ res pignori obligari poss. y ley Diversis 8. Cod. Qui potiores in pignor. Sr. Greg. Lop. en la 27. tit. 13. Partid. 5. glos. 1. vers. *Et signanter nota*: Rodrig. de Concurs. part. 1. y 2. art. 2. Vela dissert. 21. Acev. en la ley 3. tit. 13. lib. 4. Recop. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. 54.

posterior en el desembolso, y satisfaccion, debe obtener la preferencia à los acreedores, que en el intermedio de la constitucion de la fianza, y paga contrajeron con el comun deudor, si tiene lasto del acreedor. (1)

128 El decimo octavo, quando el acreedor hipotecario posterior hace constar su credito por instrumento público, y el anterior tan bien hipotecario acredita igualmente el suyo por confesion del deudor en instrumento privado escrito, ò à lo menos firmado por éste, aunque otro lo haya estendido de su orden; y en caso de faltar el deudor por haber fallecido, ò por otro motivo, y por consiguiente su reconocimiento, lo justifica por declaracion jurada de dos testigos varones presenciales, que testifican de su certidumbre, è hipoteca, y lo han subscripto, y visto firmar al mismo deudor: pues no obstante que estos lo declaren, será preferido el acreedor de instrumento público, aunque posterior; (2) porque una cosa es que haga fé, y pruebe en juicio contra el mismo deudor, aunque no intervenga el cotejo, ò comparacion de su letra, mediante la deposicion de los testigos; y otra, que prefiera al acreedor de instrumento público, y le perjudique, lo qual ninguna ley dice.

129 Pero acerca de esto afirman varios Autores, que si los dos testigos (para lo qual en este caso son suficientes) depusieren de la verdad del debito, è hipoteca, debe ser preferido el acreedor de instrumento privado al segundo del público; y que esto procede, aunque los testigos no estén escritos en aquel, ni lo hayan firmado, si depusieron haberlo visto hacer, (3) porque la hipoteca expresa se puede constituir, y probar con testigos, sin que de necesidad se requiera escritura, como lo dice el derecho. (4)

Yo

(1) Sr. Salg. part 2. Labir. capit. 21. n. 22. Feli ian. de Censib. tom. 1. lib. 3. y cap. 5 dichos, numer. 20.

(2) Ley Scripturas 11. Cod. Qui potiores in pignor. habeant.

y ley 31. tit. 13. Partid. 5.

(3) Ley Ubi numerus 12. ff. de Testib. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. 53. y otros que cita.

(4) Ley Contrahitur 4. ff. de Pignorib. et ibi Bart.

130 Yo venero su dictamen; pero sin embargo de su grande autoridad, y literatura, no puedo menos de decir, que, ò no han tenido presente la ley patria, cuyo precepto debemos obedecer, y seguir por dura que nos parezca, una vez que está escrita; ò yo no la entiendo, (que será lo cierto) y asi no me adhiero à él; y para que no se me increpe de andáz, y temerario, insertaré la ley, que es la 31. tit. 13. Partid. 5. y dice: *Escribiendo algun ome carta de su mano misma, en que dixese que conoscia que habia rescibido maravedis prestados de otro alguno, è que obligaba alguna cosa por ellos: ò faciendo tal pleito, como éste, ante dos testigos: aquel à quien fuese obligada la cosa en alguna destas dos maneras, bien la podria demandar à aquel que gela oviese empeñada, ò à otro qualquier à quien la fallase: fueras ende si éste que la tenia dixese que le era obligada por carta que fuese fecha de mano de Escribano público. Cá entonce este postrimero si tal carta mostrase, habria mayor derecho en la cosa empeñada, que el otro primero que oviese carta escrita de mano de su debdor, ò prueba de dos testigos, asi como sobre dicho es*; y asi, ya conste la deuda, è hipoteca por instrumento privado con dos testigos, ò sin ellos, no perjudica al acreedor posterior de instrumento público.

131 No procederá lo expuesto en el numero inmediato en tres casos: el primero, quando el credito hipotecario consta por instrumento privado, hecho, y firmado por el deudor, ò firmado solamente, aunque esté escrito de otra mano, (pues como dice el derecho, (1) lo mismo es firmar, ò subscribir el instrumento, que escribirlo todo) y firmado tambien por tres testigos varones fidedignos, si el deudor reconoce en juicio la deuda, è hipoteca, y estos sus firmas, y deponen en la forma explicada en el num. 34; pues concurriendo todo esto, no solo será pre-

(1) **Ley Cum antiquitas 28. §. unic. Cod. de Testam. y ley Vice donatricis 20. Cod. de Donation. Bald. in Authent. Contra qui propriam, Cod. de Donation. Sr Greg. Lop. en la ley 31. inserta glos. 6.**

preferido el acreedor en el contenido à los chirografarios, sino à los escriturarios posteriores no privilegiados, como se prueba de la misma ley, que continúa diciendo: *Pero si tal carta de la deuda del empeñamiento fuese fecha por mano del debdor, è firmada con tres testigos, que escribiesen sus nomes en ella con sus manos mismas; entonce mayor derecho habria en la cosa empeñada el primero, que el segundo que mostrase la carta pública*: y la razon es, porque en este caso lo eleva el derecho à la esfera de instrumento público, y quiere sea numerado entre estos segun su tiempo. De suerte que se requieren copulativamente tres cosas: la primera, que la Escritura privada esté subscripta, ò firmada por el deudor, ya la haya estendido, ò no de su puño, pues basta que la firme: la segunda, que presencien su confeccion, y se nombren en ella tres testigos varones fidedignos, y la subscriban, ò firmen tambien: y la tercera, que asi estos como el deudor la reconozcan, y sus firmas, deponiendo al mismo tiempo de la certidumbre de su contexto: (1) el caso segundo es, quando el acreedor de instrumento público confiesa ser verídico el privado, y que fue hecho en el dia que en él se refiere: y el tercero, quando antes de otorgarse el público fue leído, entendido, y reconocido judicialmente el privado por los referidos tres testigos, aunque no lo hayan subscripto, pues preferirá al público. (2)

132 El decimonono, quando el deudor constituyó obligacion hipotecaria de pagar à uno cantidad cierta, y despues de constituída, y antes que se la entregase formalizó otra à favor de otro, y la recibió de éste: en cuyo caso el segundo acreedor no obstante ser posterior la fecha de su contrato, respecto haber tenido efecto, y perfeccionadose con la previa entrega del dinero, será an-

(1) Dicha ley Scripturas 11. Cod. Qui potiores in pignor. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 31. glos. fin. Sr. Covar. Pract. cap. 22. n. 5. vers. *Hoc vero*: vers. *Secundo*: vers. *Tertio*: y vers. *Hinc sanè*.

(2) Bald. consil. 198. lib. 1. col. 2. Baptist. de Sanct. Severin. in repet. leg. Admonendi, concl. 13. y 14. Sr. Covar. ibi, vers. *Poterit tamen*.

antepuesto al primero, por faltarle esta circunstancia; (1) pues quando la accion consiste en dos causas simultaneas, y de una naturaleza toma su principio del ultimo acto, en que se verifica la perfeccion de la forma, como en el caso presente. (2)

133 El vigesimo, quando el deudor compra alguna finca, ò alhaja, y el vendedor pacta con él al tiempo de la venta, que ha de quedar hipotecada especialmente à cierto acreedor del mismo deudor comprador: en cuyo caso, expresandose asi en la Escritura de venta, aunque este acreedor sea posterior, será preferido en la alhaja à los anteriores hipotecarios del deudor que la compró con dicho pacto; (3) y la razon es, porque quando llegó à adquirirla, y los demás acreedores à tener hipoteca en ella, ya estaba afecta al gravamen, y responsabilidad del credito de aquel; y asi obtendrá la prelacion.

134 El vigesimoprimo, quando dos acreedores contrajeron con el deudor comun sobre alhaja, ò territorio feudal, y el uno obtuvo para ello la competente facultad, y el otro no; pues el que contrajo à consequencia de ella, aunque sea posterior en tiempo, será preferido al que contrató con él sin que hubiese intervenido, (4) porque fue nulo el contrato por defecto de potestad del feudatario: pero sobre esto vease *à Carleval* en el lugar que se cita.

135 Lo mismo sucederá si dos prestasen dinero al poseedor de bienes vinculados, y éste los obligase à entrambos, al uno baxo la condicion de impetrar facultad Real, y al otro despues de impetrada; pues éste obtendrá la preferencia, porque el primer contrato sin ella es nulo, y asi necesita ratificarse luego que la impetre para que perju-

(1) Ley 27. tit. 13. Partid. 5. verb. *Pero casos, y ha.*

(2) Sr. Gregor. Lop. en dicha ley 27. glos. fin. Parlador. differ. 58. n. 3.

(3) Ciriac. controvers. 425. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 3. Parlador. different. 57. n. 9. Negusanc. de Pignorib. part. 4. n. 3.

(4) Gait. de Credit. cap. 4. quæst. 11. n. 1852. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 4. n. 40. Franch. decis. 64. y 67. Addentes ad Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 7. num. 17. Carlev. tit. 3. disp. 23. per tot.

judique à los sucesores, y queden gravados los bienes despues de la muerte del deudor. (1)

136 El vigesimosecundo, quando el Procurador, ò apoderado, que no tubo poder especial, y bastante, hipotecó à favor de un sugeto la alhaja de su principal, ò poder dante, y éste la obligó despues expresamente à otro, y hecho esto, procedió à ratificar la obligacion en su nombre constituida por su Procurador; pues aunque es válida esta ratificacion, y perjudica al ratificante; mas no al acreedor posterior, à quien el verdadero deudor antes de hacerla, hipotecó la alhaja: y asi será preferido éste al primero, porque la ratificacion no se retrotrae en perjuicio del tercero, que en aquel intermedio adquirió derecho irrevocable en ella. (2)

137 El vigesimotercio, quando la deuda hipotecaria procede de tutela, curaduría, ò administracion pública: ò de Iglesia, Comunidad, Republica, y Rentas Reales, pues tiene la preferencia desde que los administradores empezaron à serlo, aunque reciban despues los efectos. Y lo mismo procede en las hipotecarias que provienen de cambio, banco, ò depositario público nombrado por pública autoridad; pero no con el de administracion, ò depositario privado hasta que empieza à usarla, porque aquellos oficiales pueden ser compelidos à serlo, y à admitir la administracion, y deposito, y éste no: bien que despues de aceptada, no la puede renunciar. (3)

138 El vigesimoquarto, quando el deudor es Clerigo, y al tiempo de conferirle, ò hacerle gracia del beneficio, se le impuso alguna pension, ò gravamen sobre las rentas de él en favor de tercero; pues el pensionario à quien se concedió, debe ser preferido en ellas à todos, y qualesquiera acreedores anteriores, y privilegiados del deudor, aun-

(1) Aflict. decis. 286. Sr.Salg. part.2. Labir. cap.21. n. 31. Gracian. tom. 4. discept. cap. 730.

(2) Negusanc. de Pignor. part.4. princip. n.40. Sr.Salg. part.3. Labir. cap.13. num.8.

(3) Amat. lib. 1. Var. resolut. 27. Otero de Officialib. part.2. capit.15. Gutier. lib.2. Pract. quæst. 178. Ciriac. controv. 282. Boler. tit. 5. quæst. 35. n. 1. al 5. Cur. Philip. cap. 12. n. 43.

aunque sean hipotecarios con obligacion general de sus bienes presentes, y futuros; porque quando éstos empezaron à tener hipoteca en los frutos, ò rentas del beneficio, ya la tenia el tercero, por haber pasado al deudor con este gravamen, calidad, y condicion, y los demás acreedores no pueden tener, ni pretender mas derecho en la alhaja, ni en sus frutos, que el que el mismo deudor tiene; pues en qualquiera adquisicion se permite la hipoteca, y carga real en favor de tercero. (1)

139 Pero si concurren dos pensionarios à los frutos del beneficio gravado; como ambos tienen igual titulo, hipoteca, y causa, se debe preferir el anterior en titulo, y tiempo: y si para entrambos no son suficientes, percibirá el posterior en tiempo el residuo que quede despues de satisfecho integramente el anterior, porque en este caso milita, y se debe observar la regla general de que el que es primero en tiempo, lo es igualmente en derecho. (2)

140 Lo explicado hasta aqui en quanto à la hipoteca, y prelacion, se entiende, aunque la cosa hipotecada mude su estado; quiero decir, aunque vaya en aumento, v. g. si es tierra, que se plante de viña, arboleda, ù olivar: ò venga à diminucion, v. g. si se deteriora, destruye, ò arruina; pues en ambos casos tiene preferencia el acreedor, porque subsiste la hipoteca. (3) Lo mismo sucede si la cosa hipotecada es monte, y de él se corta leña, ò madera; mas no, si con la madera se construye nave, casa, ù otro edificio, ò cosa, porque por haberse mudado la materia en otra forma, se extingue la hipoteca, à menos que se

(1) Noguerol allegat. 9. n. 39. Franch. decis. 97. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 42. n. 23. y part. 2. capit. 14. n. 108. Cur. Philip. ilustr. dicho cap. 12. n. 76.

(2) Ley Qui potior cit. ley Quoties utriusque 98. ff. de Regul. jur. ley Distractio 14. y ley Debitorem 15. Cod. de Pignor. ley 1. Cod. Si antiquior. creditor. y leyes 27. y 29. tit. 13. Partid. 5.

(3) Ley 15. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 7. n. 5. vers. *Quarto*: Vela disert. 25. numer. 45. Sr. Salg. patr. 3. Labir. cap. 1. n. 124. 129. y 181.

se exprese que ha de subsistir. (1)

141 Destruyendose la nave, no hay prelacion, ni hipoteca, à menos que se especifique, porque mudada la forma de la cosa, se muda la substancia de ella. (2) Lo propio milíta en la seda, lana, lino, cañamo, y en otras primeras materias semejantes, si se tiñen, y tegen, pues se pierde la hipoteca, y prelacion: (3) en la nave deshecha con animo de no bolver à construirla, pues aunque se rehaga con los mismos materiales, cesa la prelacion, por no ser ya aquella, sino otra; lo que al contrario deshaciendose con el de rehacerla: y en la carne, y cueros del ganado hipotecado, (4) porque una vez separados, ya no son ganado como antes.

142 En el precio de la cosa vendida, è hipotecada no hay prelacion por él, si despues se bolviere à vender, porque regularmente no succede el uno en lugar del otro: ni en la que en lugar de ella se comprare, ò subrrogare con su precio, porque ni éste, ni la alhaja están obligadas: (5) ni tampoco en la comprada con dinero ageno la tiene el dueño de él, à menos que sea el Fisco, ò la Iglesia, Republica, Comunidad, dote, soldado ocupado en el Real Servicio, ò menor; pues siendo de éstos, sucede la cosa en lugar del precio; mas no en éste, si despues se buelve à vender. (6)

Que-

(1) Ley Si convenerit 2. §. Si quis, ff. de Pignoratit. action. Franch. decis. 80. n. 17. Sr. Salg. Covar. y Vela locis cit. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. 19.

(2) Leyes Ligni 55. y Pali 56. ff. de Legat. 3. ley Julianus 9. §. Sed si quis deteriorem 3. ff. ad Exhibendum, y ley 42. tit. 9. Partid. 6. Cur. ibi, n. 20. Franch. decis. 80. n. 17.

(3) Ley Si cui lana 70. y ley Lana legata 88. ff. de Legat. 3. y ley 42. tit. 9. Partid. 6. cit.

(4) Ley Inter stipulantem 83. §. Sacram 5. ff. de Verbor. obligation. ley Quod in rerum 24. §. fin. ff. de Legat. 1. ley Qui res suas 98. §. Aream 8. ff. de Solutionib. ley Quid tamen 10. §. In navis 7. ff. Quibus modis ususfructus amittat. Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. n. 184. y sig. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 7. n. 5. Franch. decis. 80. y n. 17. dichos.

(5) Ley Mater 3. Cod. de Reivindication. y ley Qui lam 16. ff. de In rem verso.

(6) Ley Si quis uxori 52. §. Si Titius 17 y ley Quamvi. 84. ff.

143 Queriendo el acreedor posterior, y menos privilegiado, que al mismo tiempo es deudor por otra causa de su deudor, compensar su deuda con la que debe à éste, ¿se dificulta si se le deberá, ò no admitir en perjuicio de los acreedores, que tienen derecho, y privilegio anterior, para exigir su credito del comun deudor? Algunos dicen que no, porque si esto se permitiera, lograria por este medio cobrar su credito con mas prontitud, y facilidad que los anteriores, y con antelacion à ellos; por lo que, y por estár obligada anteriormente su deuda baxo la general hipoteca à ellos, deben ser preferidos, y no admitirse la compensacion, porque ambos creditos tienen causa separada sin confusion; y si lo hiciere, podrán revocar el pago los otros acreedores, y compelerle à que apronte la cantidad con que se quedó. Pero *Carleval de Judic. tit.* 3. *disp.* 27. con otros muchos que cita, refiriendo los fundamentos de ambas sentencias, sigue la contraria, à la que me inclino. El que quisiere enterarse, vealo, pues para el Escribano no es menester mas, respecto no haberlo de defender, ni juzgar.

144 Los acreedores *mere personales* (que son los que no tienen hipoteca tacita, ni expresa en los bienes del deudor,) ya consten sus creditos por instrumento público, ò privado, ò por testigos, ò solamente por confesion del mismo deudor, y la entrega de la cantidad de que proceden, sea numerada, ò confesada, si acuden à un tiempo pretendiendo su pago, y no tienen la qualidad de posesion, ni otra privilegiada, deben ser satisfechos à prorrata, como creditos de una naturaleza, sin embargo de que unos sean mas antiguos que otros, pues no hay prelacion entre ellos por razon de su antiguedad; (1) y asi se han de graduar regularmente hablando, despues de los escritura-

de Furt. leyes 40. tit. 5. y 25. tit. 13. Partid. 5. y ley 10. tit. 19. Partid. 6. Rodrig. de Concurs. part. 1. artic. 7. Cur. ibi n. 23.

(1) Ley 11. tit. 14. Partid. 5. verb. *Mas si todos los otros*: ley In judicati action. y ley Inter eos, ff. de Re judicat. et ibi glos. et D.D. Cur. Philip. dicho cap. 12. n. 58.

rarios con hipoteca especial, ò general, aunque en estos no conste la fé de entrega, y aquellos sean anteriores. (1) Lo mismo sucede à los personales privilegiados iguales en el privilegio, concurriendo entre sí sobre la prelacion, por ser tambien de una naturaleza, y militar la propia causa, y razon, (2)

145 Pero esta regla se limíta en seis casos: el primero para con el acreedor, que antes de la formacion del concurso, y de pretender los demás la satisfaccion de sus creditos, pidió execucion, y obtuvo sentencia propicia, pues debe ser preferido à los otros chirografarios; y aunque sea posterior, y no alcancen para estos los bienes del concursante, no pueden inquietarle, ni pedirle cosa alguna de los de que se le aposesionó por la sentencia. (3) El segundo, quando su vale aunque no se halle robustecido con las firmas, ni presencia de testigos, sino solamente con la del deudor, está hecho en papel sellado correspondiente al año de su confeccion, y à la calidad, y cantidad del contrato; pues no basta que sea de qualquier sello; y asi debe ser graduado despues de las Escrituras, y antes que los que están escritos en papel comun con dos testigos, ò sin ellos. (4) El tercero, quando el acreedor chirografario hace constar su credito por reconocimiento judicial hecho por el deudor antes que éste se obligue en Escritura pública à otro, pues el reconocimiento puro hecho en juicio con la solemnidad legal, tiene fuerza de Escritura, y es executivo. (5) El quarto, quando su Escritura privada está firmada por el deudor, y tres testigos, y todos reconocen sus firmas, y deponen de su certeza en los terminos explicados en el num. 131. pues en este caso se estima como Escritura pública, que es preferida à la privada.

(1) Dicha ley 11. ley Eos qui 9. Cod. Qui potiores in pignor. ley Pro debito 6. Cod. de Bonis authorit. judic. possident. y ley Rescriptum 10. ff. de Pact.

(2) Ley Inter eos 19. et ibi glos. et DD. y ley In judicati actione 61. ff. de Re judicat.

(3) Dicha ley 11. verb. *E por ende decimos*: y ley Inter eos, cit.

(4) Ley 48. tit. 25. lib. 4. Recop.

(5) Leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop. et ibi Acev. num. 3.

da. El quinto, quando el acreedor posterior de instrumento público confiesa ser cierto el credito chirografario, y su fecha; pues aunque no haya testigos con quienes se pueda acreditar, si es anterior, será preferido no solo à otros chirografarios, sino tambien al del público, que lo confiesa. (1) Y el sexto, quando la deuda hipotecaria se hizo en fraude de los acreedores personales, v. g. si la contrajo el deudor despues de huído, ò quebrado; pues no obstante que sea verdadera, no tiene prelacion à los de estos, antes bien el acreedor ha de concurrir con ellos, porque el deudor careció de potestad para defraudarlos, y perjudicarlos. (2)

146 Teniendo el deudor varias negociaciones, y por ellas acreedores personales, no debe ser de mejor condicion el que primero le executó, que los demás de aquella negociacion, y asi debe concurrir à prorrata con ellos; por lo que si cobra antes, ha de dar seguridad de entregar à los demás sus porciones: (3) ni los de la una tienen accion à pedir contra los bienes de la otra, hasta que los de ésta sean satisfechos, pues solo del sobrante podrán pretender su credito, porque cada uno se conceptúa mas acreedor en aquella, que en la persona del deudor. (4)

147 Para que un tercero que prestó dinero al deudor à fin de pagar à cierto acreedor suyo, quede subrrogado en el lugar, y grado de éste, se requieren quatro cosas: la primera, que pacte con el deudor, que los bienes obligados al acreedor, lo han de quedar al mutuante que le dá el

(1) Sr. Covar. Pract. cap. 22. n. 5. vers. *Poterit tamen*: Franch. tit. de Chirograph. recognit. artic. 2. n. 6. Acev. en la ley 5. n. 24. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Ciriac. controvers. 539. Vela dissert. 38. Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 26. n. 29. y cap. 8. Sr. Valenzuel. consil. 134. Noguerol allegat. 4. n. 40.

(3) Ley Ex facto. 52. al fin. ff. de Peculio, Sr. Greg. Lop. en la 11. tit. 14. Partid. 5. glos. 4. Surd decis. 14. Rodrig. de Concurs part. 2. artic. 2. 3. y 4. Vela dis. sert. 19. n. 38. y dissert. 30. n. 11. Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 16.

(4) Ley 1. §. Si plures, ff. de Tributor. action. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 11. glosa 4. cit. Sr. Salg. Rodrig. y Vela ibi, Sr. Castill. lib. 4. Controversiar. cap. 61. Merlin. de Pignor. lib. 4. tit. 1.

el dinero para satisfacerle. La segunda, que igualmente pacte con el que se ha de subrrogar en el propio lugar, è hipoteca de aquel sin diferencia alguna. La tercera, que el dinero que presta al deudor, sea determinadamente para pagar al acreedor primero. Y la quarta, que el mismo dinero pase al acreedor, y con él se pague su deuda. Con cuyos requisitos succederá el mutuante en el lugar, è hipoteca del acreedor anterior, y en todos sus derechos, y acciones, del mismo modo que si tubiera lasto, pues por ministerio de la ley, que es mas poderoso que el del hombre, se le transfieren. (1) De esto trata latisimamente *Carlev. de Judic. tit.* 3. *disp.* 35. *per tot.* proponiendo ocho casos, de los que omito la explicacion por ser difusa. Omito igualmente estenderme mas sobre prelacion de creditos, pues con los casos referidos, y con lo demás con tanta claridad, y distincion expuesto, me parece podrá tinturarse mas que medianamente el Escribano, y conocer el privilegio que à cada acreedor compete, sin importunar, ni molestar à Letrado alguno con preguntas, ni tener que registrar, ni comprar muchos libros.

§. III.

DE LA ESPERA DE ACREEDORES: à quiénes, por qué personas, y por quánto tiempo se puede, ò no conceder.

148 DE los quatro generos de concurso propuestos en el num. 1. de este capitulo, el tercero en el orden es el de *espera*, ò moratoria, que el deudor pide al Rey, ò à su Consejo en su nombre, ò à sus acreedores; y de cada clase trataré con separacion. El Rey, ò su

(1) Ley 1. Cod. de His qui in prior. creditor. locum succedunt. y ley Aristo Neratio 3. ff. Quæ res pignori obligari pos. Carlev. tit. 3. disp. 35. num. 12.

su Consejo pueden concedersela graciosamente en perjuicio de sus acreedores por tiempo determinado, para que durante éste les proporcione comodamente las respectivas cantidades que les debe, quando la pide, pues no se amplía à los debitos, que despues contrae; (1) pero las Chancillerías, Audiencias, y Jueces inferiores carecen de esta facultad, y asi no pueden concederla. (2)

149 Esta moratoria es un privilegio mere personal que protege al deudor, mas no à sus succesores, ni fiadores, excepto que en ella estén mencionados, ò que el no protegerlos ceda en perjuicio del mismo deudor: (3) lo qual es al contrario en la que le conceden sus acreedores, pues aprovecha à todos; y lo propio milíta, y se entiende para en quanto à dos correos de deber, ò mancomunados. (4)

150 Para que le aproveche, y pueda usar de su proteccion, es preciso lo primero, que afiance à satisfaccio de sus acreedores (si lo piden) de pagarles luego que espire el termino prefinido: (5) lo qual se entiende, aunque en ella no se le mande, excepto que contenga la clausula: *de que no obstante este defecto, tenga validacion.* (6) Y lo segundo, que especifique la qualidad del debito, à saber: si es jurado, ò toca al Rey, ò à su Real Fisco, Iglesia, ò pupilo: Si proviene de delito, locacion, conducion, compra de alguna alhaja, salario, administracion de pan, alimentos, dote, deposito, ò de otra cosa: Si sobre su exaccion hay pleito pendiente: y si impetró, ò no otra sobre pago del mismo debito, pues faltando esta individualidad, no vale la moratoria general, porque es visto haberse concedido sin conocimiento. (7) Y se advierte, que mien-

(1) Ley 33. tit. 18. Partid. 3. Sr. Salg. part. 2. Labit. cap. 30. num. 25.

(2) Ley 15. tit. 5. lib. 2. Recopilat.

(3) Sr. Salg. ibi, n. 26. al 28.

(4) Sanctius à Mello de Inducis, quæst. 25. num. 7. y 15. Sr. Salg. cap. cit. num. 74.

(5) Ley 33. cit. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 2. ley Universa rescripta, Cod. de Præcib. Imperatori, y cap. Universa 35. quæst. 2. Sr. Salg. ibi, num. 6. y 9. al 12.

(6) Sr. Sald. ibi, n. 7. y 8.

(7) Sr. Salg. cap. 30. cit. numer. 13. al 24.

mientras dura la moratoria corren los reditos de censos, è intereses para con los acreedores, como antes de concederse, pues impide solamente su exaccion en el intermedio, pero no suspende su curso, ni hace novacion, ni toca à la suerte principal. (1)

151 Las moratorias de gracia se conceden por la Sala primera de Gobierno del Consejo, y las de justicia por la de ésta, adonde se remiten desde aquella. (2) Pero no se deben conceder sin dar traslado al acreedor, ò acreedores, y vista la previa respuesta de estos, en caso de concederse ha de ser con calidad de afianzar à su satisfaccion el pago de la deuda, pasado el termino, y no de otra suerte, pues asi lo manda el Auto acordado. (3) Bien que en las que se conceden provisionalmente, y por poco tiempo, no se da traslado, ni es preciso oir al acreedor, porque se conceptúa no irrogarsele otro detrimento que el de la corta retardacion en el cobro de su credito.

152 Pero se dificulta lo primero ¿si quando el Consejo concede la moratoria con calidad de afianzar sin mas expresion, se debe entender la fianza à satisfaccion del acreedor precisamente, ò à la del Juez? Y lo segundo, ¿desde quándo empieza à correr el termino de la moratoria, si en el decreto del Consejo no se expecifica? Y respondiendo à estas dificultades de que no hablaron los Autores, digo à la primera, que en todos casos debe ser la fianza à satisfaccion del acreedor, de cuyo interés se trata, porque el Consejo no intenta perjudicarle, antes sí ya que le difiere, ò retarda el cobro de su credito, quiere asegurarselo, y para ello providencia la fianza: bien que en el caso concreto propuesto tiene mucho arbitrio el Juez, por lo que siendo segura, y qual debe ser, y no conformandose con ella el acreedor, puede admitirla, y por su quenta, y riesgo, y no de éste aprobarla, porque muchas veces no quieren conformarse los acreedoses, por frustrar la gracia, y molestar al deudor, lo qual no debe permitirse: y asi lo he vis-

(1) Sr. Salg. ibi, num. 49.

(2) Auto 49. ti. 4. lib. 2. Recopilat.

(3) Auto 79. dicho tit. y lib.

visto executoriado en esta Corte.

153 En quanto à la dificultad segunda, distinguiendo digo, que si el deudor se halla executado por deuda pura de plazo cumplido, ofrece satisfacerla dentro de cierto termino, ò en tantas pagas iguales, cada tantos meses una, y el Consejo defiere à su solicitud, se debe empezar à contar desde el dia de la concesion exclusivè; porque el Consejo en virtud de su oferta, y en la cierta inteligencia de que la cumplirá, y no causará mas perjuicios, ni dilaciones al acreedor, asiente à su proposicion, y obliga à éste à que se conforme con ella; y asi respecto haberse impuesto la ley el mismo deudor, ni debe pretender mas termino, ni el Juez inferior tiene facultad para prorrogarselo directa, ni indirectamente. Si temiendo ser executado se abroquela con la moratoria para evitarlo, debe contarse el termino desde el dia en que requiere con ella, porque la intencion del Consejo es que no le moleste el acreedor hasta que el termino en ella prefinido espire, alargandole durante él el plazo de la deuda; pero debe hacersela saber antes que pida en juicio contra él, porque el Consejo no quiere que tenga mas termino que el que le concede, ni que à pretesto de la moratoria, y abusando de su benignidad, dé lugar à que el acreedor despues de haberle beneficiado, y esperado, experimente el perjuicio de hacer gastos judiciales inutiles, sino que en el termino concedido busque dinero, y le pague sin hacerlos. Y si hallandose executado por reditos atrasados, pretende moratoria por ellos, ofreciendo pagar à cuenta cierta cantidad cada año, y el corriente, y el Consejo se la concede, mandando suspender las diligencias executivas; pero por algun recurso extraordinario que introduce ante la Real Persona, agraviandose de la sentencia executable, ò por otros motivos se tarda algunos años en bolver à ver el pleito, y en executoriarse segunda vez ésta, y luego resiste satisfacer los atrasados, y corrientes, alegando que no deben empezar à correr hasta entonces, " v. g. en »virtud de executoria se despacha execucion en Agosto »de este año por los reditos de veinte cumplidos en fin

»de

»de Diciembre proximo anterior: noticioso, ò receloso de »la execucion, pretende con dicha oferta la moratoria »y se le concede. En este intermedio, y sin manifestarla, »acude à S. M. agraviandose de la executoria: S. M. pide »informe, y mientras se le da, se resuelve la consulta, »manda que se buelva à ver el pleito con mas Ministros, »y se determina, transcurren dos, ò mas años; y visto »se confirma la de que se agravió, y luego pide el acree»dor se continúe la execucion, y amplíe por estos años »de suspension, ò intermision, à lo qual defiere el Juez, »y en este estado presenta la moratoria obtenida antes del »recurso, solicitando se suspendan las diligencias, y de»clare, que desde el dia de su presentacion debe empe»zar à contarse, y por consiguiente que nada debe pa»gar por entonces." En este caso debe ser condenado à la satisfaccion de los atrasados, y corrientes vencidos desde fin de Diciembre, y no aprovecharle la intermision de tiempo causada por su recurso malicioso; porque de lo contrario se verificará que el Juez le concede termino que ni pidió al Consejo, ni éste le concedió; que lo amplía à debito, que no habia quando impetró la moratoria; y que se arroga facultades que solo tocan al Monarca, y à su Consejo. Asi se declaró à mi instancia en el año de 1776. en pleito, que à nombre de un Grande, de cuya casa soy Agente, seguí contra otro.

154 Está destituído de potestad, y facultades el Consejo de Hacienda para conceder esperas, ò moratorias à los deudores Fiscales, sin consultarlo primero con S. M. (1) Y lo mismo milíta para con el Tribunal de la Contaduría Mayor, si la deuda excede de treinta mil maravedis; pero hasta en esta suma puede concedersela por tiempo moderado, habiendo causa justa, y no de otra forma. (2)

155 La otra clase de moratoria es, quando los acreedores à deprecacion del deudor le conceden algun tiempo, à fin de que en su intermedio proporcione el pagamen-

(1) Ley 2. cap. 8. tit. 2. lib. 9. Recop.

(2) Ley 36. cap. 16. tit. 5. libro 9. dicho.

mento de lo que les debe; y ésta se llama vulgarmente *espera de acreedores*; y para que sea válida se requieren quatro circunstancias; la primera, que todos los creditos sean verdaderos, y no simulados: la segunda, que consten por instrumentos legitimos, pues no basta la confesion del deudor, ni el reconocimiento de su vale, ò Escritura privada, porque estos acreedores no pueden perjudicar à los que por medios irrefragables acreditan la legitimidad de los suyos: (1) la tercera, que el deudor la solicite, y pida antes de hacer cesion de bienes, y no despues: (2) y la quarta, que los cite, y convoque à todos en un lugar: que se junten pudiendo: y les pida alli la espera. Y aunque esta congregacion es de substancia, porque lo que toca à todos, y à cada uno en particular, debe ser tratado, y aprobado por todos: (3) no obstante se estará à la costumbre, pues regularmente no se juntan, y antes bien el deudor suele obtenerla de cada uno con separacion, especialmente quando algunos resisten su concesion, y en este caso la presenta al Juez, à fin de que compela à los renuentes; y si segun derecho pueden ser compelidos, los obliga à ello, como lo he visto practicar. Previniendo, que si alguno no comparece en virtud de la convocatoria, debe pasar por lo que resuelvan los demás, pues basta convocarlo à la junta. (4)

156 Juntos todos los acreedores, ò la mayor parte, valdrá lo que ésta resuelva, y perjudicará à los ausentes, aunque el Fisco, si no tiene hipoteca, sea uno de ellos: (5) y quál ha de ser esta mayor parte, si en deudas, ò en personas, lo tengo explicado en el cap. 13. de mi primera parte §. 4. en cuyo cap. y su §. y num. finales estendí la Escritura de espera; y para estirpar toda duda al Escri-

(1) Sanctius à Mello de Induciis, quæst. 11. Sr. Salg. cap. cit. num. 77.

(2) Ley 5. tit. 15. Partid. 5.

(3) Ley Si præcedente 58. §. Lucius, ff. Mandati. Bart. in leg. Omnes populi, ff. de Justit. et jur. in 3. part. quæst. 2. princip. Surd. consil. 390. n. 12. y sig. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. tit. 15 glos. 1.

(4) Ley Rescriptum, ff. de Pact.

(5) Dicha ley Rescriptum, vers. Sed an et privilegiatus.

cribano insertaré la ley 5. tit. 15. Partid. 5. que dice: *Debdor seyendo un ome de muchos, si ante que desamparase sus bienes, los juntase en uno, è les pidiese que le diesen un plazo señalado à que les pagase: si todos non se acordasen en uno à otorgarselo, aquel plazo debe haber que otorgare la mayor parte dellos, maguer los otros non gelo quisiesen otorgar. E aquellos decimos que se debe entender que son mayor parte, que han mayor quantia en los debdos. E si fuese desacuerdo entre los unos queriendo otorgarle el plazo, è los otros diciendo que gelo non otorgarian, mas que pagase, ò desamparase los bienes: estonce si fueren iguales en los debdos, è en quantidad de personas, debe valer lo que quieren aquellos que otorgan el plazo, porque semexa que se mueven à facerlo por piedad que han de él. E si por aventura fuesen eguales en los debdos, è desiguales en las personas, aquello que quisiere la parte dó fueren mas personas, eso debe valer.* Con la qual concuerdan las 7. §. 19. y 8. y 10. *ff. de Pactis.* De modo, que si el credito de un solo acreedor supera à los de todos los demás juntos, se ha de estár por lo que éste quiera, ya sea la concesion de espera, ò que haga cesion. Conviniendose en una de las dos cosas la mayor parte en cantidades, aunque menor en numero de personas, se efectuará su voluntad. Siendo iguales en el numero de debitos, quiero decir, en su total, y desiguales en el de personas, v. g. diez personas componen tanto credito como veinte, prevalecerá, y se hará lo que éstas como mas en numero resuelvan. Y si en el todo fueren iguales, se ha de deferir à la espera como mas equitativa, y humana que la cesion, sin observar la mas leve diferencia entre los acreedores hipotecarios, ni personales verdaderos, como lo dispone todo asi la ley final *Cod. Qui bonis cedere possunt.* Y lo mismo debe practicarse quando el deudor viendo que sus acreedores no asienten à la espera, hace la cesion tal vez con animo de precisarlos por este medio à su concesion, como una vez lo he visto, y discordan, unos queriendo que continúe ésta, y otros adheriendose à aquella.

Pe-

157 Pero se advierte, que aunque muchos acreedores tengan una accion, ò uno muchas contra el deudor, no se reputarán por muchas personas, sino por una sola, porque es un debito, como lo dispone la ley 9. *ff. de Pactis. ibi: Si plures sint qui eamdem actionem habent, unius loco habentur, ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditores plures convenissent, unius loco numerantur: quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium, si convenerit, placuit unius loco esse: nam difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat: nam nec is, qui plures actiones habet adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur. Cumulum debiti et ad plures summas referemus, si uni forte minutæ summæ centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta: nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illæ excedunt in unam summam coadunatæ. Summæ autem applicare debemus etiam usuras.*

158 Aunque la ley final *Cod. Qui bonis cedere possunt* permite à los acreedores, que dén el termino de cinco años à su deudor, para que les pague sus debitos; pero como nuestro derecho real (1) à quien debemos seguir, no lo prefine, podrán concederle el que quieran. (2) Y se advierte lo primero, que durante este termino corren los reditos de censos, y los intereses por daño emergente; mas no por lucro cesante, excepto que se pacte otra cosa entre deudor, y acreedores: (3) Y lo segundo, que pendiente la moratoria no está obligado éste à afianzarles sus creditos, si al tiempo de su concesion no se lo pidieron: (4) bien

(1) Dicha ley 5. tit. 15. Partid. 5.

(2) Sr. Gregor. Lop. en ella glos. 3.

(3) Sr. Salg. cap. 30. cit. numer. 50. al 52.

(4) Paz tom. 1. part. 4. cap. 6. n. 5. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. fin. Alveric. en la ley ultim. Cod. Qui bonis cedere pos. Alex. consil. 205. vol. 2.

bien que podrá renunciar el beneficio que de ella se le sigue, pues como personal no le está prohibida su renunciacion. (1)

159 Para que tenga efecto la espera, que conceden los verdaderos acreedores al deudor, y éste no sea molestado por los que no accedieron à su concesion, la ha de presentar con los documentos calificativos de los creditos de aquellos; y haciendo nominacion individual de todos, y puntual narracion de lo acaecido con los demás, y de que los annuentes son la mayor parte en numero de creditos, concluir con la pretension de que se apruebe, y confirme, y compela à los renuentes, ò denegantes à que pasen por ella, sin molestarle en juicio, ni fuera de él mientras dure. Esta pretension se debe comunicar à éstos, entre los quales, y el deudor se sigue el juicio en via ordinaria lisa, y llana por sus tramites regulares, recibiendose à prueba, si fuere necesario, y de la sentencia que en él se profiera, puede apelar el agraviado. Si nada responden, se sigue en rebeldía, segun en el cap. del Juicio ordinario queda sentado; y por no contener especialidad, omitiré la extension de las diligencias: Previniendo que si el deudor no practíca ésta, aunque la mayor parte de sus acreedores haga la concesion, no perjudica à los otros para impedirles que le molesten, ni tampoco está seguro. (2)

160 No aprovecha la moratoria à los herederos del deudor, que estando pendiente, falleció, si aceptan su herencia con beneficio de inventario, aunque el Juez la haya aprobado; (3) y la razon es, porque como por esta aceptacion es visto no querer obligarse *ultra vires hæreditarias*, no hay materia sobre que recaiga; y asi pueden los acreedores proceder contra la herencia, sin aguardar à que espire el termino concedido.

Si

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact.

(2) Gracian. discept. 222. numer. 26. Sanctius à Mello quæst. 10. n. 22. al fin. Sr. Salg. dicho cap. 30. n. 73.

(3) Franch. decis. 179. per tot. Amendul. ibi, in Addition. num. 16.

161 Si el deudor, ya sea porque concibe no poder pagar à sus acreedores en el termino limitado que le puedan conceder; ò porque no quiere pedirles espera, y exponerse à que se la denieguen; ò por libertarse de una vez de ser molestado por lo que les debe, quisiere hacer cesion de bienes; no deben ser oídos sus acreedores, aunque quieran todos concederle la espera, porque no haga la cesion; y asi se admitirá ésta. (1)

§. IV.

REMISION DE ACREEDORES; cómo, y à qué deudores la pueden, ò no hacer de lo que éstos les deben.

162 EL quarto, y ultimo genero de concurso es, quando los acreedores viendo la imposibilidad que tiene su comun deudor de satisfacerles integramente sus creditos, se juntan, y convienen en remitirle, ò perdonarle cada uno parte del suyo, para que esté obligado à todos por menos, y por la remision, ò perdon que le hacen, le sea mas comoda, y facil la solucion del residuo, (2) y à ésto llaman vulgarmente *remision*, ò *quita de acreedores*, como en el num. 1. he sentado.

163 De potencia ordinaria no puede hacer el Rey esta remision; y aun quando por importunidad del deudor la haga, no vale el rescripto que acerca de ella le expida, ni debe creerlo el Juez, ante quien lo presente, como lo dice la ley 32. tit. 18. Partid. 3. ibi: *Cà tales, y há que le piden cartas en que les otorgue que el debdo que deben à otro, que nunca sean tenudos de gelo dar, nin de les responder por ello: è porque tal carta como ésta es contra el derecho*

(1) Doctor. in leg. fin. Cod. Qui bonis cedere pos. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5. glos. 2. cap. 1. n. 4.

(2) Sr. Salg. part. 1. Labir.

cho natural, tenemos por bien, è mandamos que el Juzgador, ante quien paresciere, non consienta que sea creída, nin vala. Pues los Rescriptos, Cedulas, y Provisiones que son contra derecho, no deben ser cumplidas, sino antes bien suspendida su execucion, representando à cerca de su contesto la verdad del hecho, y motivo de la suspension. (1)

164 Pidiendo el deudor à sus acreedores antes de hacer cesion de bienes, que le remitan parte de lo que les debe, pueden concederle la remision, y valdrá lo que la mayor parte resuelva, con tal que hayan sido citados, estén juntos, y no sean sospechosos, ò consanguineos suyos los que componen la mayor parte. (2) Si discordaren, se ha de observar lo que queda explicado en orden à la concesion de espera, y perjudicará su resolucion al que fue convocado, y no compareció; y si resolvieren la remision, le perjudicará tambien; excepto en dos casos: el primero, quando su credito supera à todos los demás juntos: y el segundo, quando aunque esté presente, tiene hipoteca especial, ò general en los bienes del deudor, y los demás acreedores son personales, porque en estos dos casos no le perjudicará la remision. (3)

165 Todo lo explicado en este capitulo en orden a beneficio de la cesion de bienes, espera, y remision de acreedores, se entiende para con los deudores, que no son Mercaderes, Cambiantes, Comerciantes, ni Factores suyos que alzan sus bienes, libros, y personas, y se refugian à la Iglesia, ò huyen, ò no alzan mas que sus bienes, ò quiebran solamente, pues para con éstos está dispuesto justamente con sabio, y maduro acuerdo por las siete leyes del tit. 19. lib. 5. Recop. lo que se debe practicar; cómo se les ha de tratar; y quándo valdrá, ò no la

(1) Leyes 30. y 31. tit. 18. Partid. 3. y leyes 1. 2. y 4. tit. 14. lib. 4. Recop.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley 6. tit. 15. Partid. 5. glos. 2. Sr. Salg. dicho cap. 30. n. 70.

(3) Dicha ley Rescriptum et ibi Bald. ff de Pact. ley 6. tit. 15. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 6. y 7.

la remision, y espera en los casos propuestos; de lo qual toqué algo en el num. 7. de este capitulo, y por no ser materia, cuya pericia incumba al Escribano, (pues en arreglandose à las providencias del Juez, cumple,) omito molestarle mas con su explicacion, y le remito à las mismas leyes, en las que, y en sus expositores hallará lo que apetezca, segun sea el caso.

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ORDENAR LAS diligencias del concurso de acreedores, y cesion de bienes.

Pedimento del Concursante.

166 FRancisco de tal vecino de esta Villa ante Vm. como mas haya lugar digo: que à instancia de Pedro de tal estoy preso tanto tiempo há en esta Real Carcel, à causa de no haberle satisfecho tantos mil reales que le estoy debiendo; y respecto hallarme con otros varios acreedores, que constan de la relacion jurada que presento, à quienes no puedo pagar tampoco lo que les debo por las calamidades, y contratiempos que me han sobrevenido: para que todos sean satisfechos de sus respectivos creditos segun su privilegio, y antelacion hasta en lo que alcancen los bienes, y efectos que tengo, y resultan de otra memoria, ò relacion jurada que igualmente presento, y evitar que me molesten: desde luego usando del beneficio que el derecho me concede, hago cesion, y dimision en manos de Vm. de todos los que actualmente poseo, y me pertenecen: en cuya atencion à Vm. suplico se sirva haber por presentadas las dos memorias, ò relaciones juradas de bienes, y acreedores, y por hecha la referida dimision de aquellos, y admitiendomela en legal forma, mandar se haga saber à los prenotados acreedo-

dores, à fin de que acudan à usar de su derecho para el reintegro de sus creditos: que se me suelte de la prision en que me hallo; y que se me dé el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo: juro no hacer de malicia esta dimision, y que las expresadas relaciones están hechas sin fraude, ni ocultacion: protesto manifestar mas bienes si llegaren à mi noticia: pido justicia: imploro el noble oficio de Vm. y para ello, &c.

Otrosí: atento à que algunos de mis acreedores me están molestando judicialmente por tales Escribanías sobre pago de sus creditos: à Vm. suplico se sirva mandar se acumulen à estos autos los que por ellas están siguiendo: y que à este efecto hagan relacion de ellos los Escribanos, ante quienes penden: pido ut supra.

Auto.

167 Por presentados los memoriales que se refieren: admitese quanto há lugar en derecho la dimision de bienes que por esta parte se hace: de la qual se comunica traslado à sus acreedores, à quienes se notifique que dentro de tercero dia presenten en el Oficio del presente Escribano los documentos calificativos de sus creditos. Fijense edictos en los parages acostumbrados, llamando à los ignorados, y para citar à los ausentes conocidos se libren requisitorias à las Justicias de sus domicilios. El Sr. Don F. lo mandó, &c. Este auto se hace saber à los acreedores presentes.

Edicto llamando à los acreedores ausentes.

168 Don F. Alcalde mayor de esta Villa de tal, &c. Por el presente cito, llamo, y emplazo à todos los acreedores de F. vecino de ella, para que dentro de tres dias, que por primer termino les prefino, comparezcan ante mí, y en el Oficio del presente Escribano por sí, ò por su Procurador con poder bastante à deducir su derecho en el juicio de concurso, y dimision de bienes que el refe-

rido F. tiene hecho, para satisfacerles sus creditos, pues les oiré, y guardaré justicia; con apercibimiento de que pasado el referido termino, sin les mas citar, ni emplazar, declararé por bien formado el concurso, y los autos à él concernientes se substanciarán por su rebeldía habida por presencia en los estrados de mi Audiencia, les pararán tanto perjuicio como si en sus personas se hicieran, y procederé à lo demás que haya lugar en derecho. Fecho en tal parte, &c. Don F. por su mandado F.

Nota primera.

Este edicto debe quedar original en los autos, y de él se sacan las copias necesarias, autorizadas por el Escribano, las que se fijan à las puertas del Oficio de éste, y de la Audiencia, y en los parages públicos, y à continuacion del mismo edicto original se pone fé de su fijacion con expresion del dia, y parages en que se fijaron, y los otros dos edictos se estienden del mismo modo, mudando solamente la palabra de segundo, ò tercero termino.

Fé de fijacion.

169 Yo el infrascripto Escribano doy fé que en este dia fijé tantos edictos como el anterior, uno à las puertas de mi Oficio, otro à la de la Audiencia del Señor Juez que conoce de estos autos, otro en tal parage, y otro en tal, y para que conste lo pongo por diligencia que firmo en esta Villa de tal à tantos de tal mes, y año: F. de tal. *Con arreglo à esta fé de fijacion se estienden las otras dos.*

Pedimento para que se declare por bien formado el concurso.

170 F. vecino de esta Villa, y preso en su Real Carcel, ante Vm. como mas haya lugar digo, que con motivo de hallarme molestado de varios acreedores, y por los quebrantos, y rebeses de fortuna que he padecido, des-

destituido de medios para satisfacer à todos sus creditos, y preso à instancia de F. uno de ellos; para redimir sus molestias, y lograr mi excarceracion, y libertad, me ví precisado à hacer como tal dia hice en manos de Vm. cesion, y dimision de todos mis bienes, concluyendo con la solicitud de que me la admitiese, se les hiciese saber, à fin de que acudiesen à usar de su derecho para el pago de sus creditos, se me pusiese en libertad, dandome el correspondiente mandamiento de amparo para mi resguardo, y que tales Escribanos, en cuyos Oficios estaban pendientes autos à instancia de algunos de mis acreedores, viniesen à hacer relacion de ellos, y se cumulasen à los de este juicio universal: y Vm. fue servido comunicarles traslado, y mandar fijar edictos, y librar requisitorias, emplazando à los ausentes, è ignorados: todo lo qual se practicó, y por no haber expuesto cosa alguna, les acusé dos rebeldías, y por segundo, y tercero termino se les bolvió à hacer notorio, y fijar edictos: sin embargo de lo qual no han comparecido hasta ahora, por lo que les acuso igualmente la rebeldía: en cuya atencion, à Vm. suplíco se sirva haberla por acusada, declarar por formado legitimamente el concurso, cesion, y dimision de bienes que hice, y en su consequencia deferir à todo lo que solicité en tal dia: pues asi es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

171 Por acusada la rebeldía: traiganse los autos citadas las partes: el Sr. Don F. lo mandó, &c. *Este auto se hace saber à los acreedores presentes, y pasados tres dias sin responder cosa alguna, se provee el siguiente.*

Auto por el que se declara por bien formado el concurso.

172 Mediante haberse hecho saber por los terminos del derecho à los acreedores de F. la cesion, y dimision de bienes, y concurso que hizo en tal dia, y no haber di-

dicho, ni expuesto cosa alguna contra ella, se declara, por bien hecha, y formado, y en su consequencia se le suelte de la prision en que se halla à instancia de F. uno de ellos, y se le dé el correspondiente mandamiento de amparo con los insertos necesarios, para que ninguno le moleste por las deudas contenidas en el memorial que produjo, y antes bien usen de su derecho en este juicio como les convenga. Nombrase por defensor de los bienes concursados à F. Procurador de este Juzgado, à quien se notifique lo acepte, jure, se obligue, y afiance, y hecho, se traiga para discernirle el cargo, y discernido que sea, se le comuniquen estos autos para que pida lo conveniente; y se le notifique igualmente, y à los acreedores que dentro de tercero dia elijan por su quenta, y riesgo administrador (*ò depositario, si no hubiese raíces, ni otros efectos redituables*) de los bienes dimitidos, y concursados, con apercibimiento que pasado, se nombrará de oficio. Requierase à F. y F. Escribanos de este Juzgado, ante quienes penden autos contra el concursante, vengan à hacer relacion de ellos, y al mismo tiempo la haga de estos el presente, para en vista de unos, y otros proveer lo conveniente. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Mandamiento de amparo para el concursante.

173 Don F. &c. hago saber à los Alguaciles de esta Villa, Jueces de comision, (*si los hubiere*) y otros Ministros de Justicia, que ante mí, y en el Oficio del presente Escribano de su Numero está pendiente el concurso, y juicio universal de acreedores, formado à los bienes de F. el qual tubo principio en tal dia por pedimento que dió, expresando que por los infortunios, y contratiempos que habia experimentado, se veía imposibilitado de satisfacer las muchas deudas que tenia contraído, por las que le estaban molestando sus acreedores, y se hallaba preso; y para obtener su libertad, y evitar las vejaciones que padecia, hizo cesion, y dimision de sus bienes, y presentó dos memoriales, relacionando en el uno sus acreedo-

dores, y cantidades que les estaba debiendo, y en el otro los bienes que poseía; y concluyendo con la pretension de que se le admitiese la dexacion, pusiese en libertad, y diese el correspondiente mandamiento de amparo para su resguardo; y habiendosela admitido, y comunicado traslado à sus acreedores: por no haber expuesto cosa alguna, sin embargo de haberseles hecho notorio por tres terminos, y acusadoles las rebeldías competentes, deferí à su solicitud en tal dia, declarando por bien formado el concurso, como resulta del auto que proveí, cuyo tenor, el del pedimento, y memoriales con él producidos, es el siguiente: *Aquí se han de insertar los memoriales, pedimento primero, y auto ultimo por su orden; y concluída su insercion, proseguirá diciendo*: Y en consequencia de lo proveído en el auto inserto, expido el presente, por el que mando à los referidos Alguaciles, y otros Ministros no prendan, ni molesten la persona del mencionado F. à pedimento de sus acreedores por las deudas en el memorial inserto contenidas, y que si alguno tubiese que pedir por ellas contra él, lo haga ante mí, y en el Oficio del presente Escribano; y unos, y otros lo cumplan, pena de prision, y de tantos mil maravedis para la Camara de S. M. baxo de la qual mando igualmente à qualquiera Escribano, que siendo requerido con este mandamiento, lo notifique, sin sacarlo de poder del prenotado F. fecho en tal Villa à tantos, &c. Don F. Por su mandado Fulano.

Pedimento para que se nombre administrador de los bienes del concurso.

174 F. Procurador del Numero de esta Villa, y defensor de los bienes del concurso formado por F. digo, que en tal dia lo declaró Vm. por bien formado, y mandó que sus acreedores dentro de tercero dia nombrasen administrador; lo que hasta ahora no se ha practicado; y mediante à que entre los bienes dimitidos hay algunos raíces, y varios censos, y creditos, para cuya administracion, y cobranza es preciso nombrar persona de satis-

tisfaccion, y abono, y de permanecer en esta forma se puede irrogar perjuicio à los acreedores; desde luego propongo por administrador de los referidos bienes à Fulano, persona abonada: en cuya atencion à Vm. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que constituyendo, y dando previamente la obligacion, y fianza correspondiente, se le expida el titulo de tal administrador en forma, y se depositen en él todos los bienes muebles, y papeles, pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

175 Traslado à los acreedores del concurso formado por F. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Nota segunda.

Este auto se notifica à los acreedores, y si no responden dentro de tercero dia, insiste el defensor en que se apruebe el nombramiento de administrador, acusandoles la rebeldía, y el Juez la há por acusada, y manda llevar los autos para proveer; y pasados tres dias, ò conformandose con el administrador propuesto, se provee el siguiente

Auto nombrando administrador de los bienes del concurso.

176 En atencion à lo pretendido por F. defensor del concurso formado por F. y no haberse expuesto cosa alguna por sus acreedores, sin embargo de haberseles hecho notorio (*si ellos se conformaren, se omitirá esta expresion, y se dirá: y mediante el consentimiento puesto por sus acreedores*) se há por hecho por quenta, y riesgo de los mismos acreedores, y aprueba el nombramiento de administrador de los bienes del citado concurso en F. à quien se notifique, que para la seguridad de su administracion afiance hasta en tanta cantidad: y practica-

cado, se le confiere facultad para que administre, cuide, y beneficie los bienes raíces, y los arriende, perciba sus frutos, y rentas, y los reditos de los censos, creditos, y efectos concursados, dando à favor de los pagadores los recibos, cartas de pago, y demás resguardos necesarios; entreguensele por inventario los bienes muebles, y papeles pertenecientes al concurso, de los quales constituya deposito en forma à disposicion de este Juzgado; y para que sea tenido por tal administrador, y no se le ponga el menor obice, ni reparo por los inquilinos, colonos, y demás deudores, se le expida el competente titulo. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Nota tercera.

En virtud de este auto debe dar la fianza el administrador, y de haberse otorgado, poner nota el Escribano en los autos del concurso, ò copia de ella; y lo mismo se ha de practicar en el caso de que por persona de notorio abono, se le mande otorgar obligacion con hipoteca especial de bienes suyos propios, además de la general; y formalizada una, ù otra, se le despacha en su vista el titulo de administrador en la siguiente forma.

Titulo de administrador de los bienes de un concurso.

177 Don F. &c. Hago saber à todos los Señores Jueces, y Justicias asi de esta Villa de tal, como de las demás Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y Señoríos, y à otras personas de qualquier estado, calidad, y condicion, que ante mí, y en el Oficio del presente Escribano de su numero está pendiente el concurso de acreedores formado à los bienes de F. y que à proposicion de F. defensor de ellos (*ò de F. acreedor*) nombré por su administrador à F. à quien mandé despachar el titulo de tal, dándo previamente fianza hasta en tanta cantidad, la que con efecto dió; y para que pueda evaquar este encargo, expi-

do à su favor el presente, por el qual le confiero poder, y facultad tan bastante como de derecho se requiere, para que administre, cuide, beneficie, y gobierne todos los bienes del prenotado concurso, arriende los raíces à las personas por los tiempos, y precios que estipuláre, y fenecidos unos arrendamientos haga otros de nuevo, despojando con causa legal à los inquilinos, y colonos, ò conservandolos, y prorrogandoles sus arrendamientos, y otorgando sobre ello las Escrituras congruentes. Para que tome cuentas à los que hayan sido administradores de dichos bienes, y à las demás personas, que deban darlas, nombrando contadores, haciendo que los adversarios nombren por su parte, ò se conforme con los que proponga, y pidiendo que se elija tercero en discordia, ò de oficio en rebeldía; y estando arregladas, y corrientes, las apruebe, y consienta, y en su defecto exponga los agravios que contengan, y los liquíde hasta que queden sin el mas leve. Para que perciba, y cobre todos los frutos, y rentas que están vencidas, y produzcan en lo succesivo los bienes concursados, y los reditos de censos, juros, y otros efectos, como tambien lo que se esté debiendo, y debiere por vales, quentas, Escrituras, cesiones, lastos, fianzas, letras de cambio, ventas de frutos, y otros bienes, atrasos, consignaciones, y por otra qualquiera causa, motivo, ò razon, aunque aqui no se exprese; y de lo que perciba, formalice à favor de los pagadores, los recibos, cartas de pago, finiquitos, y demás resguardos competentes con fé de entrega, ò renunciacion de sus leyes, y con las demás firmezas congruentes, y lastos al de los que pagaren por otros, ya sea como sus fiadores, ò mancomunados. Para que venda à los tiempos oportunos, y mas utiles al concurso los mencionados frutos, y haga en los edificios, y casas los reparos menores que necesiten, y no excedan de cien reales, recogiendo de los Maestros, ù Oficiales que los executen, los recibos de su importe. Y para que si sobre la cobranza fuere necesario comparecer en juicio, lo pueda practicar, y hacer quantos pedimentos, executiones, apremios, actos, autos, y diligencias judiciales, y extrajudicia-

ciales se requieran hasta conseguirla, pues para todo lo referido le confiero amplio poder con libre, franca, y general administracion, y facultad de substituirlo por su quenta, y riesgo en quanto à lo judicial solamente, revocar unos substitutos, y elegir otros. Y todo lo que produzcan los expresados bienes lo haya, y cobre, sin embargo de los que estubieren hechos, y se hicieren en ellos à instancia de acreedores; pues como unico Juez legitimo para conocer de sus pretensiones contra el concursante, los alzo, quito, y doy por ningunos, y de ningun valor, ni efecto, como si jamás se hubieran hecho, y quiero, y mando que éntre todo en poder de dicho administrador, y que solo pague à quien lo que por mí, ù otro Señor Juez del concurso se libre, y mande satisfacer, lo qual se le abonará en sus quentas, y no de otra forma; y para darlas con pago, siempre que se le pidan, tendrá el libro correspondiente con cargo, y data, dia, mes, y año, y procederá en todo como buen administrador judicial, pena de los daños, que por su culpa, morosidad, ò negligencia se irroguen à los bienes, y acreedores del concurso. Y mando igualmente à todos los inquilinos, colonos, y deudores de él, hayan, y tengan al citado F. por legitimo administrador de los enunciados bienes, y le acudan con todas las cantidades que están debiendo, y debieren en adelante, no obstante que estén requeridos que las retengan en su poder à ley de deposito, pues les doy por libres del que hayan constituído, como si no lo hubieran otorgado, y para que les conste, se les harán con este titulo los requerimientos competentes por qualquiera Escribano de su Magestad, poniendolos à su continuacion, y dandoles para su resguardo los conducentes testimonios. Y de parte de su Magestad, cuya justicia en su Real nombre administro, exorto, y requiero, y de la mia pido, y encargo à todos, y à qualesquier Señores Jueces, ante quienes este titulo fuere presentado, lo manden cumplir, y executar en todo, y por todo, y para que no se immore su cumplimiento, dén las providencias mas oportunas, y eficaces, pues en practicarlo asi, administrarán

rán justicia, è yo haré al tanto siempre que los suyos vea. Fecho en, &c. Don F. Por su mandado F.

Nota quarta.

En virtud de este titulo se requiere con él à los deudores, y se debuelve con los requerimientos al administrador, el qual, habiendo arrendatarios fuera de la jurisdicion, debe pedir se expida requisitoria para requerirles. Omito estender la defensoría por ser lo mismo que la curaduría *ad litem*, que estendí en el lib.2. de esta segunda parte cap. 10. pag. 574. y solo se mudan las voces. Omito tambien estender los pedimentos, y autos de acusacion de rebeldía, y el de acumulacion, por ser muy faciles, y la misma práctica los enseña, como tambien las diligencias de substanciacion de este juicio, respecto tener estendidas las principales en el §. final del cap. 1. de este libro, y explicado el modo, y orden de substanciarlo en los numer. 29. 30. y 31. de éste.

Sentencia de graduacion.

178 En tal parte à tantos de tal mes, y año, el Señor Don Fulano Alcalde Mayor de ella habiendo visto los autos del concurso, cesion, y dimision de bienes hecho por F. vecino de ella, seguidos, y substanciados entre partes de la una F. F. &c. sus acreedores, que han comparecido en este juicio por medio de sus Procuradores, y de la otra el defensor de los bienes del concurso, y los estrados de la Audiencia de dicho Señor Juez, en donde se han notificado los autos por rebeldía de los demás acreedores, que no han comparecido, ni dado su poder, dixo que debia mandar, y mandó se vendan en pública subasta los bienes dimitidos por el prenotado F. concursante, y demás que le pertenezcan, y de su valor se haga pago à los referidos acreedores en la forma, y por el orden siguiente: en primer lugar, y grado, sea pagada Fulana, mumer del citado concursante, de tantos mil reales, importe de

de la dote que llevó al matrimonio que contrajo con el mencionado F. segun consta de la Escritura que presentó en este juicio: en segundo lugar, se satisfaga à Antonio tantos mil reales, los tantos por el capital de un censo al redimir, que impuso el expresado concursante sobre tal finca en tal dia, mes, y año ante F. Escribano; y los tantos por los reditos vencidos desde tal dia hasta el presente: en tercer lugar à F. de tanta cantidad, que resulta haberle prestado, segun Escritura que formalizó à su favor en tal dia ante tal Escribano: y en quarto, y ultimo lugar, sean pagados del sobrante que quedáre F. F. y F. acreedores chirografarios del citado concursante, y no alcanzando para cubrirles sus creditos, mediante ser todos de igual naturaleza sin privilegio alguno, se prorratee entre ellos sueldo à libra à proporcion del suyo: à todos los quales se haga el mencionado pago con la preferencia expuesta, dando previamente cada uno fianza de acreedor de mejor derecho; y à los que no han comparecido en este juicio se reserva su derecho, para que justificando sus creditos sean graduados en el lugar, que segun su respectiva antelacion les corresponda. Y por esta sentencia difinitivamente juzgando, asi lo pronunció, mandó, y lo firma, de que doy fé. F. Ante mí, F.

Nota quinta.

Esta sentencia es apelable, y para poderse executar, ò se ha de executoriar por Tribunal superior, ò declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada, ya sea por no apelar de ella alguno, ò por consentirla expresamente todos, por lo que si ninguno apela, ni la consienten todos, puede pretender el defensor (al qual, y à los demás se debe hacer notoria) se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada. Y si los bienes cedidos están vendidos, se omitirá en la sentencia la expresion de que se vendan; y prevengo no estiendo aqui la fianza de acreedor de mejor derecho, por tenerla estendida en el cap. 4. de mi primera parte §. final num. 186. à donde remito al Lector.

Li-

Libramiento.

179 Don F. Alcalde mayor de esta Villa de tal, &c. F. administrador judicial de los bienes concursados à F: de los maravedis que produjeren, ò hubieren producido, dará, y pagará à F. uno de sus acreedores tantos reales de vellon que se le están debiendo por tal razon, los que en virtud de este libramiento, y con recibo à su continuacion, ò carta de pago separada serán bien dados, y entregados, y se le abonarán en la cuenta que debe presentar de su administracion, quando se le pida, y mande: lo qual cumpla mediante tener dada la fianza de acreedor de mejor derecho prevenida en la sentencia de graduacion. Fecho en tal parte à tantos, &c. F. por su mandado F.

Nota sexta.

Este libramiento es lo mismo que el que estendí en el cap. 2. de este libro num. 393. à excepcion de contener la expresion de tener dado el acreedor la fianza depositaria, ò de acreedor de mejor derecho, de que carece aquel, por no mandarlo la sentencia, ni ser del caso, y por esta diferencia lo estendí.

Nota sobre el papel sellado.

Todos los pedimentos, y autos interlocutorios, que se dén, y profieran en el juicio de concurso, ù ocurrencia de acreedores, deben escribirse con las diligencias que en su virtud se hagan, en papel del sello quarto mayor: la sentencia de graduacion en el del sello segundo, en el que han de estenderse tambien las probanzas, poniendo uno al principio, y otro al fin, y en el intermedio comun: y los libramientos en el del sello que los mandamientos de execucion, respecto no hablar de ellos la ley.

No-

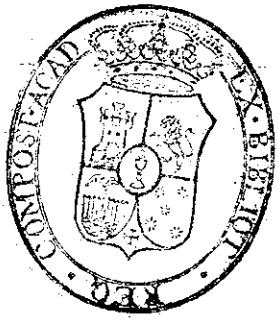
Nota final por via de adicion à la materia de inventarios, y particiones.

En el lib. 1. cap. 1. num. 16. de esta segunda parte expuse no ser necesaria la presencia del Juez en los inventarios por los infructuosos, y crecidos gastos que se originaban à los menores, y ausentes, y bastar la de sus tutores, curadores, y defensores: y en la nota sexta del lib. 2. cap. 10. §. 2. pag. 676. expuse tambien, que aunque alguno de los herederos, ó todos sean menores, tampoco es necesaria en las particiones en tres casos, uno de los quales es, quando el testador nombra en su ultima disposicion personas de su confianza que lo practíquen todo, confiriendoles amplia, y especial facultad para ello, y para nombrar tasadores, y evaquar su testamentaría sin acudir à la Justicia para otra cosa mas que para aprobar la particion. Digo ahora que à instancia de Don Josef Angel Villarroel y la Quadra, y de otros vecinos de Talavera de la Reyna con referencia de los perjuicios que experimentaban los interesados en las herencias, y de que se escusaban los Escribanos à autorizar los testamentos con nombramiento de tutores, curadores, contadores, y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios, y particiones de bienes de difunto entre los menores que fuesen interesados, se acudió al Consejo solicitando se les mandase que los autorizasen, y que los electos por los testadores lo evaquasen todo extrajudicialmente; y vista esta justa solicitud, y precedida annuencia del Señor Fiscal à quien se comunicó, se libró Real Provision en 15. de Julio de 1779. por la Escribanía de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo à ella, y mandando al Alcalde mayor de Talavera compeliese à ello à los Escribanos: que esto se executase tambien con otros qualesquiera vecinos de la propia Villa, y su tierra que en lo succesivo dispusiesen inventariar, y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de fenecidos el inventario, y particion se protocolasen ante uno de los Escribanos del Nume-

mero que eligiesen las partes, para que no se extraviasen: y que à este fin se pusiese copia de la Provision en todas las Escribanías numerarias de la citada Villa. Y en este año de 781. por parte de Don Pedro Davila Romino, vecino, y Procurador Sindico de la Villa de Cebolla con presentacion de testimonio de la Provision referida se introdujo la misma pretension; y por la Escribanía de Don Juan Antonio Rero Peñuelas se libró en 31. de Agosto otra cometida à su justicia, cuyo mandato dice: *Y vista la peticion referida por los del nuestro Consejo, y testimonio con ella presentado con insercion de la Provision expedida en* 15. *de Julio de* 1779. *à instancia de diferentes vecinos de la Villa de Talavera; por decreto que proveyeron en* 29. *de este mes, y por lo proveído en la mencionada Provision, se acordó expedir esta nuestra carta, por la qual os mandamos que siendo con ella requerida, compelais à los Escribanos de esa Villa à que no se escusen à autorizar los testamentos en la forma que se expresa en el pedimento inserto con la sola calidad de que los inventarios, y particiones extrajudiciales despues de hechas, y fenecidas se protocolen ante uno de los Escribanos del Numero, quales eligieren las partes para que no se extravíen. Y asimismo queremos se execute lo propio en lo succesivo con qualquiera vecino que dispusiere inventariar, y partir sus bienes en la dicha forma extrajudicial, haciendo se ponga copia de esta nuestra carta en todas las Escribanías del Numero de esa Villa para su observancia, y dando à este fin las demás providencias que tubiereis por convenientes, que asi es nuestra voluntad. Dada en Madrid à* 31. *de Agosto de* 1781. De forma que por las dos Provisiones relacionadas (de que por no haber tenido noticia hasta ahora no hice mencion en su respectivo lugar) no solo se corrobora mi dictamen, sino que ni aun previenen que el Juez apruebe los inventarios, ni particiones en el caso propuesto, porque se contempla inutil su aprobacion por los motivos referidos por mí en los lugares citados, y asi ninguna intervencion suya es necesaria en el caso expresado, ni el Escribano debe escusarse à autorizar las ulti-

timas disposiciones con esta circunstancia, ni à protocolar los inventarios, y particiones extrajudiciales que los comisionados por los testadores hagan, y dar de ellos los testimonios que se le pidan. Previniendo que todo debe hacerse en el papel sellado correspondiente, y si no, no debe admitirlo para su protocolizacion: lo qual para que llegue à noticia de todos, y evitarles perjuicios, tube por conveniente adiccionar aqui, por estár impresos los dos tomos de particiones, y por esta razon no poder incorporarlo en ellos.

FIN DEL LIBRO TERCERO.


COMPOST. ACAD.
BIBLIOT.